



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

La representación procesal en el Derecho Romano

Autor/es

ALEIX ÁVILA MARÍN

Director/es

ALFONSO AGUDO RUIZ

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2016-17



La representación procesal en el Derecho Romano, de ALEIX ÁVILA MARÍN (publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

(Departamento de Derecho)

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Grado en Derecho

“La representación procesal en el Derecho Romano”

Alumno:

Ávila Marín, Aleix

Tutor:

Agudo Ruíz, Alfonso

Logroño, a 20 de julio de 2017

ÍNDICE

Resumen-Abstract.....	Pág.4
1.- INTRODUCCIÓN.....	Pág.5
2.- LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN LA ÉPOCA DE LAS LEGIS ACTIONS.....	Pág.7
2.1- Pro populo.....	Pág.7
2.2- Pro libertate.....	Pág.10
2.3- Pro tutela.....	Pág.10
2.4- Ex lege hostilia.....	Pág.12
2.5- La existencia del cognitor en la época de las legis acciones.....	Pág.13
2.6- La adstipulatio como medio supletorio de la representación procesal...	Pág.18
3.- LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL SISTEMA FORMULARIO....	Pág.19
3.1- Tipos de representación judicial. La cuestión de su respectiva prioridad cronológica.....	Pág.19
3.2- El procurator.....	Pág.20
3.3- El cognitor.....	Pág.24
3.4- El defensor.....	Pág.25
3.5- Negotiorum gestio.....	Pág.26
3.6- La redacción de la fórmula y las características de la representación procesal.....	Pág.29
3.7- La consunción de la actio y las medidas precautorias (cautio de rato y cautio iudicatum solvi).....	Pág.31
3.8- Etapas evolutivas con vistas a una nueva y regenerada configuración de la procuraduría procesal.....	Pág.33
3.9- El procurator apud acta factus y el confirmando por carta.....	Pág.35
3.10- Término de la evolución	Pág.37
3.11- Consunción de la cautio y actio iudicati.....	Pág.39

3.12- Las influencias provinciales.....	Pág.40
4.- LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO ROMANO BIZANTINO.....	Pág.42
4.- La figura del executor.....	Pág.44
5. CONCLUSIONES.....	Pág.46
6. BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.50

RESUMEN:

El objetivo del presente Trabajo de Fin de Grado es el estudio de la representación procesal en el Derecho romano, analizando aquellos supuestos donde era necesaria o no la presencia personal de las partes en las actuaciones procesales e igualmente, el requerimiento de la presencia del *cognitor* o *procurator* en el proceso. Del mismo modo, se analizan los tres procedimientos, las *legis actiones*, el procedimiento formulario y la *cognitio extra ordinem*.

Palabras clave: *legis actiones*, *procedimiento formulario*, *cognitio extra ordinem*, *cognitor*, *procurator*, *cautio* y *actio*.

ABSTRACT:

The aim of the present Final Degree Project is the study of procedural representation in Roman law, analyzing those assumptions where the personal presence of the parties during the proceedings was compulsory or not, and in the same way, the request of the *cognitor* or *procurator* presence in the process. Likewise, the three procedures, *legis actiones*, *processo formulare* and *cognitio extra ordinem* are analyzed.

Keywords: *Legis actiones*, *processo formulare*, *cognitio extra ordinem*, *cognitor*, *procurator*, *cautio* and *actio*.

1.- INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado se compone de una introducción, tres capítulos diferenciados que componen el cuerpo del trabajo y unas conclusiones, finalizando con la bibliografía utilizada para su elaboración.

El objetivo principal del Trabajo de Fin de Grado es el análisis de los tres procedimientos existentes en el Derecho romano, como son las *legis actiones*, el procedimiento formulario y la *cognitio extra ordinem*, y más concretamente la representación procesal de los mismos.

De los capítulos que conforman el cuerpo del trabajo, el primero de ellos estudia la representación procesal en las *legis actiones*, como instrumento utilizado por una tercera persona en un litigio, ya sea un *nomine alieno* o bien un demandado o bien el *dominus litis*. Además, se estudiarán las diversas excepciones encontradas en un pasaje de las Instituciones de Justiniano (*pro populo, pro libertate, pro tutela y ex lege Hostilia*).

Del mismo modo, una de los apartados de mayor trascendencia por su problemática doctrinal es la existencia o no del *cognitor* en la época de las *legis actiones*, en este caso comparto la opinión favorable a la existencia del *cognitor* como así refleja el estudio desarrollado por el profesor Agudo Ruiz en “*La representación procesal en el Sistema de las Legis Actiones*”.

En cuanto al segundo capítulo del trabajo, se centra en la representación procesal en el Sistema Formulario, es sin duda el más extenso de los tres capítulos, donde se analiza la figura del *cognitor* en este procedimiento y una figura novedosa como era el *procurator*; examinando la evolución socio-jurídica de esta figura tan relevante en el Derecho romano y la comparativa con la figura del *cognitor*.

Hay que mencionar, además dos figuras con menor trascendencia en el proceso como son el *defensor* y el *negotiorum gestio*. La primera institución se asemeja en algunos rasgos al *procurator* y la segunda tiene como objetivo principal la gestión de una pluralidad de negocios, y es ahí donde se entrelazan las funciones de éste con el *procurator*.

También, este capítulo aborda las consecuencias de las medidas precautorias (*cautio de rato y cautio iudicatum solvi*); la primera caución consistía en la asunción de la responsabilidad inherente al litigio por medio del representante de una de las partes frente a la otra.

En relación con la *cautio de rato*, ésta solucionaba las deficiencias existentes en la representación procesal. Sobre la *cautio iudicatum solvi*, podemos afirmar a través del estudio realizado que era la caución exigida al demandado o en su defecto a su *procurator*, cuando se ejercitaban acciones reales, con la finalidad de garantizar la restitución de la cosa reivindicada si fueran vencidos en juicio, o solamente al *procurator* del demandado, en acciones personales cuando se garantiza al actor el resultado del litigio.

De la misma manera, he querido introducir un apartado respecto de las distintas etapas evolutivas respecto de la configuración de la procuraduría procesal. En este capítulo analizo la figura del *procurator apud acta factus* y sus modalidades de designación.

Se debe agregar el estudio en este capítulo de la consunción de la *cautio* y la *actio iudicati*, siendo un mecanismo ejercitable por el demandante y determinante para ejecutar la sentencia dictada.

En relación al tercer capítulo del trabajo, es el más breve y se centra en analizar la representación procesal en el derecho romano bizantino; y más concretamente en la *cognitio extra ordinem* o procedimiento extraordinario que cambia la estructura procesal de Roma, y se asemeja a nuestro propio procedimiento actual. Todavía cabe señalar la importancia que tuvo esta institución respecto de la eliminación del proceso formulario y la bipartición de fases (*fase in iure* y *apud iudice*). Igualmente, en este capítulo analizo de la figura del *executor*, que tuvo gran importancia en el bajo Imperio donde ostentaba funciones de representación procesal.

En resumen, estos son los supuestos que desde mi punto de vista jurídico requieren un análisis respecto de la representación procesal en el Derecho romano. La confrontación de teorías sobre la existencia del *cognitor* o no en el sistema de las *legis actiones* es una de las situaciones que aún hoy en día se sigue debatiendo sobre las dos posturas. De la misma manera, tanto la figura del *cognitor* como la del *procurator*, tiene grandes similitudes con el procurador que ejercita la representación en la actualidad, por tanto, el análisis de ambas figuras nos traslada a los orígenes de lo que hoy conocemos en el marco procesal civil, respecto de las múltiples situaciones en cuanto a la representación procesal; ya sea directa o indirecta.

2.- LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN LA ÉPOCA DE LAS LEGIS ACTIONES

La representación procesal es un instrumento utilizado por una tercera persona, que actúa en litigio como representante o bien de la parte demandada o bien de la parte demandante. El representante que actúa “*nomine alieno*”, en un principio le afecta la sentencia aunque sea ajeno al asunto, ya que interviene de forma directa personándose, y por tanto, es parte del litigio y como consecuencia de ello debe soportar las posibles consecuencias del mismo. Del mismo modo, la parte interesada que es denominada como “*dominus litis*”, esto es, el “dueño del litigio”, posteriormente a la finalización del litigio podrá exigir a su representante las consecuencias que haya suscitado la intervención del mismo en la gestión procesal, normalmente a través del contrato de mandato que liga a ambos.

Gayo confirma que esta institución en su época tenía un carácter generalizado en todos y cada uno de los litigios que se daban. No obstante, él mismo confirma que en la antigüedad del Imperio Romano la posibilidad de litigar por parte del *nomine alieno*, era prácticamente imposible de realizar. En contraste con lo anterior, Gayo nos informa de cuáles eran las excepciones a través de la *praeterquam ex certis causis*¹. Del mismo modo, estas excepciones se encuentran en un pasaje de las Instituciones de Justiniano 4. 10. Pr, las cuales son: *pro populo, pro libertate, pro tutela y ex lege Hostilia*.

2.1- PRO POPULO

En cuanto a la representación pro populo, se litiga en aquellos casos donde se ejercitan acciones en interés de la comunidad, y según Murga² se realiza por una necesidad material y, estos litigios podían tener dos finalidades, por un lado en favor de la organización y, por otro lado, en contra de la misma. Sin embargo, nos encontramos en un estado embrionario característico de los primeros siglos, dado que no había otro camino útil que la representación si se deseaba actuar de forma procesal.

No obstante, debemos entender –no en vano están Gayo y Justiniano estudiando el *ordo iudiciorum privatorum*– donde estos representantes no tenían que ser

¹ KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur zeit der Legisactionen* (Berlín 1872) citado por AGUDO RUIZ, La representación procesal en el Sistema de las *Legis Actiones*, (IBERIA 3, 2000) p.305.

² MURGA, Derecho Romano Clásico, El proceso (Zaragoza 1983) p.87.

obligatoriamente cónsules ni tampoco magistrados cualificados, sino que cualquier ciudadano podía ejercer la representación si lo deseara, *qui volet ex populo*.

Según uno de los comentaristas como Bruns³, distingue dos tipos de acciones populares. Unas acciones se refieren a que los posteriores beneficios de la sentencia, van a engordar el patrimonio del demandante que inició; y otras acciones donde éste obtiene el *praemium* en favor de la comunidad, es decir, al interés público, sin embargo, las ventajas que presumía la condena serán para el *populus*. Respecto de las primeras acciones, van a ser denominadas acciones populares en el sentido estricto; y en cuanto a las segundas serán nombradas como *acciones procuratorias*, en las cuales la situación del demandante es más clara que en las acciones populares.

En cuanto a la referencia del proceso, se litiga pro populo en aquellos casos donde cualquier ciudadano hace una reclamación de la multa contra otro ciudadano que ha contravenido una ley. A esta legitimación abierta se la denomina, *quicumque ager volet*, con el objetivo claro de estimular el celo de los magistrados y, era por esta razón por la cual eran consideradas populares estas acciones. En la práctica, el ciudadano legitimado actuaba ya no de forma individual, sino que esta representación iba más allá, era en beneficio de una colectividad y la correspondiente multa iba en provecho de toda la colectividad y, no de forma individual.

Se abren hipótesis donde cabía la posibilidad de la vía ejecutiva, basándonos en la *manus iniectio* para las reclamación de multas con las que se castigaban a los ciudadanos por contravenir en materia policial como, por ejemplo, realizar sacrificios funerarios en lugares sagrados o el enterramiento o el depósito de inmundicias en determinados lugares, todo ello según las informaciones suministradas por de la inscripción de Luceria⁴ e igualmente la *manuiniectio* y también la *pignoris capio*, bajo la concesión del *Senatus Consultum de pago montano*⁵.

³ BRUNS, *Die römischen Popularklagen*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* e incluido después en sus *Kleinere Schriften*, I, Véase también la traducción italiana de SCIALOJA, con prólogo y notas del traductor, en *Archivio giuridico*, XXVIII y XXIX, y después en sus *Studi giuridici*, vol. I, Roma, 1933. Una sucinta exposición de lo esencial de la tesis de Bruns, y bibliografía sobre la materia, puede verse en COSTA, *Profilo storico del processo civile romano* (Roma 1918), citados estos autores por ARIAS RAMOS, La representación procesal en el Derecho Romano, en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, nº 28 (1938), p.49 y AGUDO RUIZ, La representación procesal, p.307.

⁴ GIRARD-SENN, *Textes de Droit Romain* (Paris 1967) nº 25, citado por AGUDO RUIZ, La representación procesal, p.306 y por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.50.

⁵ RICCOBONO, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*. SC. nº 39 (Florentiae 1968), citado por AGUDO RUIZ, La representación procesal, p.307.

Así mismo el *agere pro populo* interviene en una *legis actio sacramento in rem*, ejercitada por cualquier ciudadano donde se solicita una reivindicación en nombre e interés de la comunidad, de la propiedad de un bien de carácter público que está en manos de otro ciudadano de manera indebida. Según los comentaristas podemos encontrar la existencia de esta *legis actio* en un pasaje del gramático Festo, donde afirma en la voz *vindicae* los *praetores secundum populum vindicias dicunt*. El término *vindiciae* según Festo⁶, venía a decir que era el objeto controvertido y como el *dicere vindicias* nos otorgaba la atribución, siempre por mandato del pretor, de la posesión de carácter interno de la cosa a uno de los litigantes, afirmando que la atribución concedida era a favor del *populus romanus*.

Según los comentaristas, en base a la terminología de Bruns podemos distinguir dos tipos de acciones populares. Por un lado, obtendremos por medio de una sentencia beneficios para el demandante en su patrimonio particular, y por otro lado, obtendremos beneficios en favor del interés público, es decir, un *praemium* para el *populus*. Van a ser denominadas las primeras como acciones populares en sentido estricto y a las segundas acciones procuratorias, donde el ciudadano realiza una demanda en su propio nombre y por su cuenta; por medio de esta acción activamos el interés del pueblo, sin embargo, actúa porque se le ha lesionado un interés personal que conlleva un interés colectivo dado que coincide con el de otros ciudadanos que podían haber ejercido la acción procuratoria si hubiesen sido dañados de forma individual. Sobre la tramitación a seguir se opta por el procedimiento ordinario y el importe que ha sido reclamando mediante multa se adhiere al patrimonio particular.

No obstante, son varios los comentaristas que distan de esta opinión de Bruns, ya que sostienen que emergen grandes dudas, sobre todo en que estas acciones no constituirían un proceso civil en ciernes sino un proceso penal público; y en todo caso, no puede negarse que, como hizo notar Wenger⁷, que no cita en sus *Istituzione* el caso del *pro populo* entre las excepciones al principio de la no representación en la época de las *legis actiones*, que nuestro conocimiento de estas cuestiones adolece todavía de muchas dudas.

⁶ FESTO, v. *vindicae*: <Cato in ea quam scribit in *L.Furium de aqua*: *Praetores secundum populum vindicias dicunt*>.

PLAUTO, Persa, I. 2, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.50 y AGUDO RUIZ, La representación procesal, p.307.

⁷ WENGER, *Istituzione di procedura civile romana*, trad. Ital. de Orestano (Milano 1938), citado por AGUDO RUIZ, La representación procesal, p.307 y por ARIAS RAMOS, LA representación procesal, p.51

2.2- PRO LIBERTATE

La representación *pro libertate* responde a la incapacidad procesal del esclavo ante los órganos jurisdiccionales, ya sea como actor o como demandado. En estos casos debía ser representado por un tercero en los supuestos donde se estuviera discutiendo si un hombre era esclavo o libre. La figura del tercero fue denominada como *adsertor libertatis* en la tramitación de la causa *libertatis*. Por ello, Arias Ramos y Agudo Ruiz⁸, nos dice que la representación del *adsertor* tenía dos momentos diferentes en cuanto al comienzo, ya fuese de esclavitud o de libertad. En el primero de los casos, el comienzo se daba en el momento extrajudicial de la *in ius vocatio*; en el segundo caso, se daba en el acto *in iure* de proceder a la *contravindicatio in libertatem*, ya que en la primera de las hipótesis el *adsertor* obraba como demandante y citaba a aquél que tenía como esclavo en su poder como representado, mientras que en la segunda, el que pretendía el dominio del hombre que de hecho vivía como libre obraba como demandante y, en cualquier lugar donde lo encontrase, podía forzar al que según él era esclavo a presentarse ante el magistrado para proceder a la *vindicatio in rem praesentem*.

Otro supuesto que nos alude Murga⁹, se da cuando una persona exige procesalmente el cumplimiento de una manumisión fiduciaria. Este supuesto se da con relativa frecuencia en los testamentos romanos, no obstante, podemos decir que es una manumisión de carácter indirecto, esto es, el testador en vez de dar la libertad al esclavo de modo inmediato en el testamento, ordena a su heredero que lo realice él por un acto *inter vivos*. No obstante, si el heredero no cumple esta orden, puede ser obligado a que la cumpla, asumiendo el papel de actor por carecer el esclavo de capacidad en un litigio. Esta situación era frecuente que se diera, por ello, existía el *adsertor libertatis*, que era el encargado de cumplir las exigencias de estas acciones representando a los esclavos, mediante el modo *alieno nomine*.

2.3- PRO TUTELA

La *pro tutela* es la representación judicial del tutor en nombre del pupilo, sin embargo, los autores como Murga¹⁰, que el tutor nunca litiga en nombre del pupilo sino en su propio nombre y por sí mismo, dando la imagen de ser el dueño de los bienes pupilares hasta que finalice la tutela y él debía rendir cuentas de la administración. De

⁸ ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 51 y AGUDO RUIZ, La representación procesal, p.308.

⁹ MURGA, El Proceso, p.87.

¹⁰ MURGA, El Proceso, p.87.

igual modo, si llegamos al caso de que existiera la denominación, no debería ser *pro tutela* sino *pro pupilo*.

Hoy en día la hipótesis más acertada tomando la Paráfrasis de Teófilo¹¹, considera que la figura del *agere pro tutela* surge en el momento en el que dos personas discuten sobre quién es el verdadero tutor del pupilo; una de las partes no tiene razón, por tanto, perderá la *litis* actuando como un *alieno nomine*, ya que actuó a través de una tutela que no le correspondía, siguiendo un pleito *pro tutela* sin estar en la posición de tutor.

Sin embargo, Scialoja¹², sostiene que la fuente de este supuesto error se puede encontrar en el derecho justiniano, donde aparece la *actio protutelae*, contra aquél que sin ser tutor verdaderamente había tutelado los bienes del pupilo, por consiguiente, nos encontramos con la figura del *falsus tutor*. Esto quiere decir que emerge la hipótesis de que Teófilo pudo evocar a la *actio protutelae* a través de la *pro tutela* e igualmente en época de las *legis actiones* se nombraba a un tutor para que diese la *auctoritas* en favor de su pupilo o en su defecto de su mujer y contra el tutor; cómo podemos observar en este supuesto tenemos un caso de *litis* entre dos tutores y en gran medida puede ser el germen que llevó a Teófilo al error.

Del mismo modo, el *agere pro tutela* ha querido hacer referencia al caso de la *accusatio suspecti tutoris*¹³, es decir, cuando al tutor sospechoso se le removía y al pupilo le otorgaban esta acción e igualmente a los terceros en defensa del pupilo; éstos activaban la acción por medio del interés del pupilo siendo el *agere* del tutor más que un *agere pro tutela* en vía ordinaria y extraordinaria. Descartada la explicación de Teófilo en la Paráfrasis, los autores buscaron otro tipo de interpretaciones como el *crimen suspecti tutoris*¹⁴. El ciudadano romano que sospechara que un tutor estuviese malversando los bienes del pupilo podía, acudir a una *litis* para la defensa de los intereses de aquél. Aquí tenemos otro caso donde un tercero actúa sin ser tutor y en nombre de otro para la defensa de los intereses del pupilo siendo simplemente un *cives*, que activa un proceso sin ser directamente interesado en el asunto.

¹¹ Paráfrasis de Teófilo, son unos comentarios en griego de la Instituta de Justiniano, posiblemente llevada a cabo, con fines didácticos, casi al mismo tiempo o poco después que la redacción oficial. Vid. LABORDE: *Los écoles de droit dans l'empire d'Orient Burdeos 1912*, citado por MURGA, *El Proceso*, p.87.

¹² SCIALOJA, *Procedimiento civil romano, ejercicio y defensa de los derechos* (Buenos Aires 1954), cit., 191 y ss.

¹³ SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, cit., 192-193.

¹⁴ MURGA, *El Proceso*, pp.87-88. ARIAS RAMOS, *La representación procesal*, cit., 52.

2.4- EX LEGE HOSTILIA

La *ex lege Hostilia*¹⁵ es el último caso de representación judicial en la época de las *legis actiones*, recogida en las Instituciones e igualmente es el único explicado, donde cualquier ciudadano romano podía acudir a una *legis* en nombre de un *absens rei publicae causa*. Inicialmente se pudo llegar a entender que esta representación estaba restringida a las cuestiones bélicas, donde solamente era favorable a aquél que estuviese prisionero de los enemigos; más tarde se amplió a otro tipo de ausencias de carácter político. Así mismo, la *lex Hostilia* ostentaba un régimen muy rígido en cuanto a los casos donde se podía llevar a cabo, dejando esta posibilidad al caso del ausente víctima de un *furtum*. Del mismo modo, la interpretación jurisprudencial extiende este supuesto al impúber sometido a tutela, es decir, cuando su tutor estuviera ausente y el impúber sufriera un hurto.

No ha podido determinarse la fecha de la *lex Hostilia*. Voigt¹⁶ la colocaba entre el 545 y 547 a. C.; Huvelin¹⁷ la relacionaba con diversos plebiscitos del siglo VII de Roma; Rotondi¹⁸ atribuye su creación a C. *Hostilius Tubulus*, pretor urbano del año 547 a. C.; sin embargo, parece probable que la acción creada por esa ley sea más moderna de las excepciones al principio *nemo nomine alieno agere potest* recogido en el antiguo procedimiento. En palabras de Arias Ramos¹⁹, nos encontramos en una de esas acciones populares, en el sentido más amplio de esta denominación –según Bruns– sólo los comentaristas modernos llaman populares, porque los romanos reservaban esta calificación –dentro de las que *quilibet ex populo* puede ejercitar– a las establecidas *iuris publici tuendi gratia*, en las que *ius suum populo tuentur*, y las ventajas de cuya sentencia favorable pertenecían al actor.

¹⁵ La *Lex Hostilia*, aunque de fecha desconocida es atribuida por Rotondi a C. *Hostilius Tubulus*, pretor urbano del año 547 a.u.c. Vid. Rotondi: *Lege Publicae Populi Romani*, Milan 1912, citado por MURGA, El Proceso, p.88.

¹⁶ VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.311.

¹⁷ HUVELIN, *Études sur le furtum dans les très ancien romain*, vol. I (Paris 1915), citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.311.

¹⁸ ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani* (Milano 1912), citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.311 y MURGA, El Proceso, p.88.

¹⁹ ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit.,53.

2.5- LA EXISTENCIA DEL COGNITOR EN LA ÉPOCA DE LAS LEGIS ACTIONES

Es una de las cuestiones que más polémica ha suscitado entre los autores que dudan si existió o no la figura del *cognitor* en época de la *legis actiones*.

Sobre este aspecto tenemos autores con opiniones diferentes, ya que unos mantienen la tesis negativa expresada por Bethmann-Hollweg, Wlassak, Mayr, Wenger, Scialoja o Murga²⁰. En contraste, algunos autores defiende la idea de Huschke y Karlowa, de que el *cognitor* fue utilizado en la época de la *legis actiones*, estos son, Wirbel, Costa, Lenel, Bertolini, Luzzatto, Arias Ramos o Agudo Ruiz²¹.

En palabras de Arias Ramos, esta tesis a su juicio es verosímil en gran medida por el modo tan arcaico que llevaba consigo el nombramiento del *cognitor* en los escritos de Gayo²², donde el *cognitor* debía ser nombrado cumpliendo dos requisitos: designación *cervtis verbis*, esto es, de forma solemne y realizando un ritual oral y, también *coram adversario*, es decir, las dos partes litigantes debían estar frente a frente. El nombramiento se podía realizar de dos formas distintas, esto es chocante para los autores, ya que nos encontramos en una época arcaica y junto a la solemnidad verbal que llevaba la designación solamente debería haber existido una única forma de nombramiento del *cognitor*. La designación era inmediata como todos los negocios y figuras jurídicas de la época antigua, por tanto, los autores creyeron que ante el arcaico nombramiento la tesis era coherente. Sin embargo, Gayo en una de sus apreciaciones argumenta que el *cognitor* podía o no estar presente en su nombramiento, esto hizo que emergieran discrepancias por varios autores.

No obstante, el hecho de que Justiniano no llegue a enumerar al *cognitor* como excepción al principio *alieno nomine agere non liceret*, provocó que los autores

²⁰ BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, vol. II (Bonn 1865); WLASSAK, *Zur Geschichte der Cognitur, en Festgabe zum Doktor-Jubiläum R. Ihering* (Breslau 1892); MAYR, *Historia del Derecho Romano*, vol. I, trad. Esp. de W. Roces (Barcelona 1926); WENGER, *Istituzioni*, citados por AGUDO RUIZ, *El proceso*, p.311 y por ARIAS RAMOS, *El proceso*, p.54. SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, cit., 193 ss.; MURGA, *El Proceso*, cit., 88 ss.

²¹ KARLOWA, *Der römische Civilprozess*; WIRBEL, *Le cognitor*; BERTOLINI, *Appunti didattici di Diritto Romano. Il processo civile*, II, 1 (Torino 1913); ID. *Appunti didattici di Diritto Romano*, II, 2 (Torino 1914); COSTA, *Profilo*, autores citados por AGUDO RUIZ, *La representación*, p.311 y ARIAS RAMOS, *La representación*, p.55 ; LUZZATTO, *Procedura civile romana. Le legis actiones* (Bologna 1948), citado por AGUDO RUIZ, *La representación*, p.311; ARIAS RAMOS, *La representación procesal*, cit., 53 ss.

²² MURGA, *El Proceso*, cit., 90.

partidistas de la tesis negativa, fueran al texto de Gayo, dando por hecho que no se dio el *cognitor* en época de la *legis actiones*, excepto en algunos casos excepcionales.

Del mismo modo, debemos prestar atención a lo que dijo Lenel²³, aunque a los redactores de la *Instituta* les importaba de forma tenue aquellos precedentes histórico-jurídicos; a pesar de ello realizaron una excepción con el principio recogido en el pasaje I, 4, 10, *de his per. quas ag. poss. Pr.*, llevando consigo la obligación de realizar una comparativa entre el *cognitor* y *procurator*. Igualmente, los colaboradores de Justiniano dudaron a la hora de emitir una ficción de carácter positivo sobre la realidad histórica; ya que silenciaron una parte de la evolución histórica referente a la representación procesal y así mismo, según Bertolini²⁴, en los textos clásicos la figura del *cognitor* había desaparecido y por lo tanto, los compiladores no tuvieron posibilidad de tener conciencia de esta figura en el proceso de compilación.

De acuerdo a las innumerables tesis sobre la existencia o no del *cognitor* en época de las *legis actiones*, parece probable que esta figura existiera aunque no se ha encontrado la fecha en la que se introdujo. No se tienen datos sobre ellos salvo una frase contenida en la *Rethorica ad Herennium*²⁵ (2. 13. 20), que fue escrita entre los años 86 y 82 a. C., la cual fue atribuida a Cicerón: “*ut maior annis LX et cui morbus causa est cognitorem det*”. Todos aquellos detractores de la existencia del *cognitor* aluden que esta referencia “muy imprecisa” y “relativamente tardía como para que su testimonio sobre el origen del *cognitor* pudiera sernos útil”, y la reseñan al proceso formulario²⁶. Pese a todo, hay otra hipótesis más creíble que proviene de los autores que apoyan la tesis positiva, además ayudada por la omisión del *procurator* en la *Rethorica*.

El uso de los términos *ex aequo et bono ius constat* en la *Rethorica* hacen que Arias Ramos²⁷ llega a considerarlo como obra del pretor. Del mismo modo, Karlowa²⁸ sostiene que la frase ejemplifica no el *ius quod lege est*, sino el *ius quod ex aequo et bono constat*, así se atribuye a los *jurisperiti* la innovación. Por otro lado, varios autores como

²³ LENEL, *Zur Geschichte der Cognitur* (EISELE, *Cognitur und Procuratur*, Tübingen 1881), en ZS 4 (1883), citado por ARIAS RAMOS, *La representación procesal*, p.55.

²⁴ BERTOLINI, *Appunti*, II, 1, citado por AGUDO RUIZ, *La representación*, p.312.

²⁵ MURGA, *El proceso*, cit., 89.

²⁶ MURGA, *El Proceso*, cit., 89.

²⁷ ARIAS RAMOS, *La representación procesal*, cit., 56

²⁸ KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, citado por AGUDO RUIZ, *La representación*, p.313.

Bethmann-Hollweg, Eisele, Girard, Wirbel o Pugliese²⁹, consideran al *cognitor* una institución del *ius civile*.

En suma, la *Rethorica ad Herennium* es aquella que permite delimitar la actuación del *cognitor* en el proceso de las *legis actiones*, cuando el actor o el demandado fueran mayores de sesenta años o estuviera enfermo o impedido, como podemos observar son casos donde el actor está imposibilitado para asistir al proceso.

Como bien se ha mencionado antes, la fuente principal para conocer las formas de designación del *cognitor* se encuentran en las Instituciones de Gayo. En primer lugar, el nombramiento requiere de un pronunciamiento previo de unas palabras sacramentales y solemnes –*certis verbis*–, frente a la otra parte que litiga –*coram adversario*– asumiendo en nombre propio el proceso³⁰.

Surgen discrepancias si era obligatorio que la designación del *cognitor* se realizara delante de un magistrado. Ante esto Gayo expresa silencio sobre esta hipótesis, por ello Arias Ramos³¹, afirma que la conexión habida entre el *procurator apud acta factus* y el *cognitor*, hace pensar que era necesario la presencia del magistrado, ya que el primero se constituía frente a él en la fase *in iure*. De igual manera, Gayo nos expone en su texto cómo el *cognitor* podía ser nombrado sin estar presente en el momento de su nombramiento, ya que daba la posibilidad de notificárselo de forma expresa cuando estuviera ausente.

Sin embargo, existen contradicciones con otros textos:

Festo, vº *cognitor*: “*cognitor est, qui litem alterius suscipit coram eo cui datum est*”.

Isidoro, Differ. I, 123: “*cognitor non nisi praesens a praesente praesenti datur*”.

²⁹ BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, vol. II, con posterioridad a la *lex Aebutia*, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.313; EISELE, *Cognitur*, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.56 y AGUDO RUIZ, La representación, p.313; GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des romains. Lex six premiers siècles de Rome* (Paris 1901), citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.313; WIRBEL, *Le cognitor*, este autor afirma que la ley fue ignorada, puede estar en el grupo de leyes reformistas de la segunda mitad del siglo VI de Roma, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.313 y ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.55; PUGLIESE, *II proceso formulare*, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.313 y MURGA, *El Proceso*, p.88.

³⁰ SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, cit., 197, observamos cómo se utiliza el término *cognitor* como el de un perito; en la ley malacitana c. 63-65 donde se habla de los *cognitores* que deben responder de la valoración de aquellos fundos dados en garantía al municipio por los contratistas.

³¹ ARIAS RAMOS, *La representación procesal*, cit., 63.

Interpretatio ad C. Th. 2, 12, de cogn. et procur., 7: “*cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit*”.

En el texto de San Isidoro obispo de Sevilla, se dice que el *cognitor* solo puede nombrarse entre presentes, exigiendo la presencia del actor, la del demandado y la del *cognitor* para poder constituirse. Por consiguiente, varios autores toman como base este texto para negar el texto de Gayo; no obstante tanto Arias Ramos como Scialoja³², abogan por la primacía del texto *gayano*. La concordancia sostenida entre ambos textos, se puede resumir en que el testimonio de San Isidoro es más antiguo que el de Gayo, por tanto, en aquella época era necesario un mayor formalismo y, de ahí la presencia del *cognitor*; como valedor de esta hipótesis nos centramos en las fuentes que utilizó San Isidoro para crear su testimonio. Pasado el tiempo se admitió la ausencia del *cognitor* y por ello, Gayo nos dio una regla menos formalista que la de San Isidoro.

Para Luzzatto³³ la ausencia del *cognitor* se encontraba en la segunda forma de nombramiento trasladada por Gayo, llegando a no comprender cómo el *cognitor* podía contestar a la *litis* en nombre propio. De la misma forma, Murga³⁴ sostiene que Gayo puede tener razón en aquello que expresa en su texto, y que el obispo San Isidoro tuviera una confusión entre el *cognitor* y el *procurator praesens*.

No es más cierto que una gran cantidad de autores han querido ajustar tanto el testimonio de San Isidoro como el de Gayo, como por ejemplo Karlowa³⁵, que alude a la existencia de necesidades de mayores solemnidades por el periodo en el que se estaba, exigiendo la presencia del *cognitor*, el cual sería descrito en el *Festo*, San Isidoro y los autores de la *Interpretatio*; después, las formas se iban decayendo, y como consecuencia de ello se perdió la exigencia de la presencia del *cognitor*, recogido por Gayo.

En contra de todo ello, Wirbel³⁶ revela tanto el testimonio de San Isidoro como la *Interpretatio* del Código Teodosio de forma degenerativa para la figura del *cognitor*,

³² ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 64; SCIALOJA, Procedimiento civil romano, cit., 195 ss.

³³ LUZZATO, *Procedura*, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.314.

³⁴ MURGA, El Proceso, cit., 91 nt 87.

³⁵ KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.315.

³⁶ WIRBEL, *Le cognitor*, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.315 y ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.64.

donde tenía como exigencia verificar los poderes del representante *in ipso limine quaestionis*, añadiendo mayor seguridad jurídica al proceso por parte del representante.

Parece poco creíble que se pudiera elegir aleatoriamente entre las dos fórmulas que nos da Gayo, además de poder darse en cualquier circunstancia y con unos mismos efectos; como consecuencia de ello, se han buscado diversas explicaciones de los autores a los términos solemnes que se vertían en el nombramiento del *cognitor*.

En primer lugar, Savigny³⁷ toma dos verbos, el *petere* (*fundum peto*) que se da en la primera fórmula tanto el demandante como el demandado y, el *agere* (*agere volo*) que se da en la segunda fórmula; siendo *petere* una acción real y *agere* una acción personal. Según Wlassak, Bethmann-Hollweg y Scialoja³⁸, estiman que la designación del *cognitor* para un determinado proceso conlleva la utilización de la primera fórmula, esta designación debía ser simultánea con la *litis contestatio* actuando y compareciendo el representante ante el juez *–in iudicio–* y no ante el magistrado *–in iure–* la segunda fórmula se usaría para designar en un proceso futuro a un *cognitor*. Por el contrario, autores como Karlowa, Bertolini y Gehrich³⁹, entienden el nombramiento del *cognitor* después de la *in ius vocatio*, es decir, en un proceso judicial en pleno proceso; igualmente, esta tesis la corrobora María Zablocka⁴⁰. Otro autor como Kaser⁴¹ estima que la segunda fórmula se debe dar en una *editio actionis extrajudicial*; no obstante, en la edición de Kaser/ Hackl de 1996 recoge una opinión más concreta donde la segunda fórmula se

³⁷ SAVIGNY, *Kritische Bemerkungen zum Vierten Buch der Institutionem des Gaius*, en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 13 (1846), citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.315.

³⁸ WLASSAK, *Zur Geschichte der Cognitur*, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.315 y ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.65; BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Zivilprozess*, vol. II, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.315 y ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.64; SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, cit., 196.

³⁹ KARLOWA, *Der römische Zivilprozess*, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.316; BERTOLINI, *Appunti*, II, 2, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.66 y AGUDO RUIZ, La representación, p.316; GEHRICH, *Kognitur und Prokuratur in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts* (1963), citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.316 y QUINTANA ORIVE y BLANCH NOUGUÉS, RIDA. N° 45, 1998 (Universidad Autónoma de Madrid) Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*, p.333.

⁴⁰ ZABLOCKA, *La costituzione del “cognitor” nel diritto romano classico*. INDEX, 12, 1983-1984. En palabras de esta autora podemos observar que la primera de las fórmulas se usa para la designación del *cognitor* durante el desarrollo de la *litis contestatio*; con respecto a la segunda, en el momento de la *editio actionis*, pero nunca antes de que se inicie el procedimiento, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.316, MURGA, El Proceso, p.91 y QUINTANA ORIVE y BLANCH NOUGUÉS, Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*, p.334.

⁴¹ KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, citado por AGUDO RUIZ, La representación, p.316 y QUINTANA ORIVE y BLANCH NOUGUÉS, Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*, p.334.

puede dar incluso antes de que se inicie el proceso, siempre y cuando lo permita la *editio actionis*, esto es, el demandante comunica al demandado la acción que ejerce contra él.

En contra posición de la posición de Kaser y Hackl emerge la opinión de Aniello Parma⁴², que defiende el nombramiento del *cognitor* antes del inicio de un proceso, basándose en un estudio que realiza sobre el archivo puteolano de los *Sulpicii* del año 48 de nuestra era.

2.6- LA ADSTIPULATIO COMO MEDIO SUPLETORIO DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL

La *adstipulatio* era un medio de carácter supletorio que se utilizaba en la época de la *legis actiones*, para paliar la problemática suscitada en la práctica sobre la no representación.

En esta época los detractores de la existencia del *cognitor* se valieron de la figura del *adstipulator* para suplir la ausencia de una verdadera representación procesal. En el caso de que un acreedor quisiera que un tercero reclamara por él un crédito por vía judicial, se utilizaba la *stipulatio* con la finalidad de que el deudor prometiese a un tercero –*adstipulator*– lo mismo que a él le debía.

Por lo tanto, como podemos apreciar el *adstipulator* tenía iguales derechos que el acreedor principal sobre el crédito reclamado; pudiendo litigar por medio de la *litis contestatio* con el deudor. La figura del *adstipulator* tenía dos formaciones análogas, pero con matices en su finalidad y atribuciones: en primer lugar, tenemos el *adiectus solutionis causa*, el cual solo podía recibir el pago del crédito; en segundo lugar, el acreedor solidario, que ejercitaba un derecho propio y no en interés de un tercero al que se le debe restituir lo obtenido.

En palabras de Gayo⁴³, el *adstipulator* se utilizaba para eludir aquellas prohibiciones provenientes de las estipulaciones post mortem. Esto se daba en la época de Gayo, donde no tenía vigencia el principio *alieno agere non liceret*; no obstante, en tiempos de las *legis actiones* era utilizado el *adstipulator* como un instrumento indirecto que otorgaba un poder para poder ejercitarlas, ya que de forma directa no se concedía.

⁴² PARMA, *Sul momento della costituzione del cognitor nel processo romano*. INDEX, 25, 1997, citado por QUINTANA ORIVE y BLANCH NOUGUÉS, Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*, p.334.

⁴³ ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 59.

De todas formas, la figura del *adstipulator* no fue suficiente para suplir la ausencia de representación judicial en un proceso. Debemos recordar que esta figura solamente se activaba en casos de deudas basadas en un contrato verbal, es decir, sobre los derechos crediticios, siendo inservible para ejercitar aquellas acciones reales que fueran en nombre ajeno.

3.- LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL SISTEMA FORMULARIO

El nuevo sistema procesal llegado a Roma tiene su germen en la *lex Aebutia*⁴⁴, gracias a la evolución que estaba experimentando la civilización romana, donde la Roma arcaica y de economía yerra dejaba paso al imperialismo; los labriegos van dejando sus territorios para enrocarse en la vida urbana creando un aumento en la construcción de edificios y fincas, que conlleva a una mayor especulación. Del mismo modo, el número de esclavos va en aumento y las vías de comunicación crecen para mejorar el comercio, siendo fiel reflejo esta época de la aparición del capitalismo, del comercio y de los negocios.

En este preciso momento la posesión de capitales empieza a tener un peso importante en la economía romana. El sistema de inversiones dista en gran medida de la visión que podemos tener hoy en día, ya que no existía la Bolsa, ni los títulos al portador o los de crédito, no obstante, había una figura denominada *pars*⁴⁵, era un cupón que se daba en las sociedades de publicanos y así poder participar en ellas, de igual forma las ganancias correspondientes estaban sometidas a condiciones. En esta época podemos encontrar la institución del Banco, donde se entregaba el dinero para que fuera custodiado por los banqueros y siempre disponible para aquella persona depositante del mismo.

3.1- TIPOS DE REPRESENTACIÓN JUDICIAL. LA CUESTIÓN DE SU RESPECTIVA PRIORIDAD CRONOLÓGICA.

Los representantes que actúan en nombre ajeno, los podemos dividir en dos grupos; por un lado, los legales, es decir, el derecho positivo atribuye a estos representantes la posibilidad de pleitear en representación de otro; por otro lado, están los de creación voluntaria. En el primer grupo podemos insertar al tutor, al curador, a los actores o *syndici* de los municipios y *universitates* en general. A finales de la República

⁴⁴ FUENTESECA DEGENEFTE, El significado de la *lex Aebutia* en el ordenamiento procesal romano. RIDA. 2007 (Universidad de Vigo), p.245 ss.

⁴⁵ ARIAS RAMOS, La representación procesal, cit., 60.

las figuras de representación procesal de *municipia*, *coloniae* y *collegia*, debieron ser admitidas⁴⁶.

La designación se llevaba a cabo por medio de la *lex municipi* o en su defecto por la *lex Julia municipalis*, donde se requerían los dos tercios de los decuriones, dando el pretor por buena la representación ya que no existía ningún edicto especial para establecer las formalidades de la designación.

En cuanto a los representantes de carácter voluntario, existían en época del proceso formulario tres figuras, una eminentemente procesal como es el *cognitor*, del cual hemos hablado a lo largo del trabajo; y por otro lado, emergen las figuras del *procurator* y *defensor*. Ambas figuras podían ser utilizadas por las partes del proceso –demandante y demandado– sin embargo, tienen diferencias respecto a su forma de designación y las posibles consecuencias finales de cada una de ellas.

Anteriormente he analizado la figura del *cognitor* a partir de la evolución del formalismo que presentaba Roma, por ello, la siguiente figura que requiere un análisis comparativo en el proceso formulario es el *procurator*.

3.2- EL PROCURATOR

En un primer momento la figura del *procurator* tenía características socio-económicas⁴⁷ antes de constituirse en una institución de carácter jurídico. En un principio el *procurator* fue un liberto ante las órdenes de su dueño, respecto a la gestión o administración de su patrimonio, sin llegar a ser un auténtico *procurator*; de igual forma, Serrao⁴⁸ alude a la existencia de un procurator-esclavo, basándose en textos jurídicos⁴⁹ donde en ocasiones los esclavos eran manumitidos para ser nombrados como procuradores. No obstante, aquel esclavo que no sea considerado como sujeto de derecho, estaba limitada para realizar una serie de actos que eran misión del *procurator*.

⁴⁶ Ve. RAMADIER, *La représentation judiciaire des cités d'après l'édit du preteur, Études d'histoire jurid. Offerts* a P.F. GIRARD, París, 1913, I; MITTEIS. Heinrich: "*Deutsches Privatrecht*". C. H. Beck'sche. Munich y Berlín, 1950 y también ALBERTARIO, *Syndicus, en el Bulletin dell' Instituto di Diritto romano*, XXVII, 1915, citado por ARIAS RAMOS, *La representación procesal*, pp.61-62.

⁴⁷ GARCÍA VÁZQUEZ, *Algunas consideraciones en torno al procurator y a la negotiorum gestio*. *Revue Internationale de droit de l' antiquité*, nº 38, 1991. Cit., 155.

⁴⁸ SERRAO, *Il procurator*, Milán 1947, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, *Algunas consideraciones en torno al procurator y a la negotiorum gestio*, p.155.

⁴⁹ GAYO, I, 19: *Iusta autem causa manumissionis est, veluti si quis filium filiamve aut fratrem sororemve naturalem aut alumnum aut paedagogum aut servum procuratoris habiendo gratia aut ancillam matrimonii causa apud consilium manumittat*, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, *Algunas consideraciones en torno al procurator y a la negotiorum gestio*, p.156.

Se tienen noticias de que los primeros *procuratores* pudieron ser los libertos, que se encargaron de la organización de los fundos rústicos, conllevando las tareas de carácter administrativo, las ventas de los frutos y las operaciones comerciales que se llevaban a cabo con los comerciantes en aquella época. Los textos literarios recogen esta figura y su necesidad ya que en los fundos rústicos la ausencia del dueño era constante, y por ello, era necesario encargarle la gestión a este *procurator* como subalterno, así fue admitida por los escritores Plauto⁵⁰, Cicerón⁵¹, Varrón⁵², Columela⁵³ y Palladio⁵⁴.

Con posterioridad el *procurator* obtuvo un sentido jurídico desechando su lado económico-social, no siendo necesario para su nombramiento aquellas formalidades que sí presentaba la designación del *cognitor*, e incluso no requería la presencia en el acto de nombramiento de la otra parte litigante.

Debido a la facilidad adoptada para su designación emerge la figura de un *procurator absente vel ignorante domino*⁵⁵, esto es, una representación espontánea que litigara –*alieno nomine*– y que ni el interesado –*dominus litis*– tuviera constancia de ello.

En cuanto al punto de vista procesal, la diferencia esencial entre el *cognitor* y *procurator* versa en que el primero, era parte a raíz del nombramiento solemne que se

⁵⁰ PLAUTO, Pseud. 607: *Tunc es Ballio? Inmo vero ego eius sum Subballio / Quid istuc verbist? Conducus promus sum, procurator peni. / Quasi te dicas atriensem. Inmo atriensi ego impero. Quid tu, servon es an liber? nunc quidem etiam servio*, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones en torno al *procurator* y a la *negotiorum gestio*, p.157.

⁵¹ CICERÓN, *De oratore*, 1, 58, 249: *...si mandandum aliquid procuratori de agricultura aut imperandum villico sit...* citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones en torno al *procurator* y a la *negotiorum gestio*, p.157.

⁵² VARRÓN, *Libri rerum rusticarum*, III, 6, 3: *Pascuntur omne genus obiecto Frumento, maxime hordeo. Itaque Seius iis dat in menses singulos hordei singulos modios, ita ut in fetura det uberius, antequam salire incipiat. In has a procuratore ternos pullos exigit eosque, cum creverunt, quinquagenis denariis vendit, ut nulla avis hunc assequatur fructum*, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones en torno al *procurator* y a la *negotiorum gestio*, p.157.

⁵³ COLUMELA, *Libri de re rustica*, 1, 6, 7: *Vilico iuxta ianuam fiat habitatio, ut intrantium exeuntiumque conspectum habeat, procuratori supra ianuam ob easdem causas; et is tamen vilicum observet ex vicino, sitque utrique proximun horreum, quo conferatur omne rusticum instrumentum, et intra id ipsum clausus locus, quo ferramenta recondantur.*

1, 6, 23: *Area si competit, ita constituenda est, ut vel a domino vel certe a procuratore despici possit.*

9, 9, 2: *Itaque novi duces procedunt cum sua iuventute, quae uno aut altero die in ipso domicilii vestibulo glomerata consistens, egressu suo propiae desiderium sedis ostendit; eaque tanquam patria contenta est, si a procuratore protinus assignetur. Sin autem defuit custos, velut iniuria repulsa peregrinam regionem petit*, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones en torno al *procurator* y a la *negotiorum gestio*, p.157.

⁵⁴ PALLADIO, *Libri de re rustica*, 1, 36: *Area longe a villa esse non debet et propter exportandi facilitatem et ut fraus timeatur domini vel procuratoris vicinitate suspecta*, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones en torno al *procurator* y a la *negotiorum gestio*, p.157.

⁵⁵ MURGA, *El proceso*, cit., 92.

llevaba a cabo; sin embargo, en lo que atañe al *procurator* tanto si era espontáneo o designado con carácter informal no era parte del proceso hasta la *litis contestatio*, que se da en la fase *in iure* y es ahí donde se concretan las pretensiones, la causa jurídica y la situación de las partes que litigan. En ese preciso momento, el *procurator* es parte o bien como actor o bien como reo, ostentando una legitimación que le permite solicitar la ejecución de la sentencia a través de la *actio iudicati*⁵⁶, en el caso de ser parte actora el *procurator* o si estaba en la posición de reo debía soportar los riesgos que llevaba aparejada la condena ejecutiva.

En el caso del *procurator* del actor surgía un inconveniente que no se daba en el *cognitor*, en gran medida por las formalidades que acarreaba su designación y evitaban la posibilidad de que el actor pudiera volver a iniciar un nuevo litigio; no obstante, en el caso del *procurator*, esto no se podía dar en parte por la nula solemnidad de la designación y como consecuencia de ello el actor nunca dejó de serlo de forma definitiva. Así mismo, había casos donde el reo, ya fuera absuelto o condenado en el litigio celebrado con el *procurator* del actor, no terminaba de estar tranquilo con la sentencia que se había dictado, ya que el *dominus litis* podía volver a iniciar el proceso, provocando el menoscabo en los intereses del demandado.

En boca de la jurisprudencia de la época se atisbaba como posible instrumento para paliar los posibles daños sufridos por el demandado, acudir a las *cautiones*⁵⁷, es decir, una promesa por parte del *procurator* en asumir los posibles daños surgidos en el proceso, siendo el nombre clásico de *cautio rem ratam dominum habiturum*. Del mismo modo, el reo disponía de una acción –*actio ex stipulatu*⁵⁸ – permitiéndole solicitar al *procurator* las responsabilidades que pudieran surgir por el incumplimiento de la promesa.

Igualmente, si el reo podía solicitar el cumplimiento de la promesa por el *procurator*, éste tenía la posibilidad de ir contra su representado en el caso de que le dejara al descubierto frente al reo. Esto dependería en gran medida del vínculo que tuvieran

⁵⁶ QUINTANA ORIVE y BLANCH NOUGUÉS, Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*, p.335.

⁵⁷ *Cautiones*, palabra derivada de *cavere*, se debe relacionar con riesgos futuros y que no estén previstos especialmente. Debido a la inmadurez del ordenamiento jurídico romano, era relativamente normal que emergieran situaciones con una serie de consecuencias negativas, dado que la inseguridad jurídica era patente en aquella época. Por medio de la jurisprudencia del periodo republicano se cubrió con *cautiones*, tanto puras como a través de fiadores, aquellos supuestos que aparecían sin ninguna protección especial y entregados a la *fides* del adversario. Las *cautiones* por medio de la *actio ex stipulato* podía cubrir las diferentes situaciones de peligro que pudieran darse; del mismo modo son conocidas como jurisprudencia cautelar o jurisprudencia de las *cautiones*.

⁵⁸ MURGA, El proceso, cit., 94.

ambas partes, aunque lo habitual es que exista un *mandatum* entre el *procurator* y *dominus litis*. El contrato consensual era el más utilizado y el más sencillo, siendo de buena fe y proporcionando la suficiente capacidad jurídica al *procurator* para exigir responsabilidades al representado mandante.

No es más cierto, que en el caso del *procurator espontáneo* –*qui absente et ignorante domino alienis negotiis gerendis se offerunt*– observamos mayores dificultades. En este supuesto, el *procurator* asumía la responsabilidad de la *cautio* en ausencia del *dominus* y frente a la parte contraria del litigio; siendo un *procurator* sin mandato alguno como el *procurator ordinario* pero con la dificultad de otorgar las responsabilidades. De igual modo, se cree en la posibilidad de que la relación entre el *procurator* espontáneo y el *dominus litis* provenía de una figura creada por los pretores y denominada gestión de negocios.

La *actio mandati* se daba al *procurator* con mandato y la *actio negotiorum gestorum* la ostentaba el *procurator espontáneo*, ambas tenían similitudes, en cambio la *actio* del contrato de mandato se concedía de forma directa e inmediata, por el contrario, en la *actio* de la gestión –*iudicium dabo*– se exigía por parte del pretor, un informe previo y conocer las circunstancias del caso concreto –*cognita causa*–. Por tanto, si la intervención del *procurator* espontáneo es de sentido común, lógica y de buena fe, éste podrá exigir la *actio negotiorum gestorum* para poder solicitar tanto el importe como los daños causados por el reo a través de la *actio ex stipulatu*. A pesar de ello, cabía la posibilidad de que si el pretor entendía que el *procurator* espontáneo había actuado de forma injustificada o sin buena fe, éste denegaría la *actio* e imposibilitando al *procurator* espontáneo a recurrir ante él o ante el *dominus litis*, ya que no había un mandato previo para que actuara.

En cuanto al *procurator* del reo, observamos que actúa igualmente sin designación directa y solemne, convirtiéndose en la *litis contestatio* en parte litigante. Del mismo modo, el actor adversario exige al *procurator* del reo una *cautio*, donde se compromete a satisfacer lo que diga la sentencia en el caso de perder el litigio y así paliar la insolvencia del nuevo reo.

3.3- EL COGNITOR

La presencia del *cognitor* en el procedimiento formulario se da siempre que sea convenido por las partes. El nombramiento se lleva a cabo delante de la parte contraria – *coram adversario* –, a través de un mandato expreso y usando unas palabras sacramentales –*certa cerba*–⁵⁹. En Roma no se admitía la representación directa, trayendo consecuencias que, aún en el caso de que la acción se interponga por el demandante, en su propio nombre y asumida por el demandado como suya; el *cognitor* designado independientemente de cualquiera de las partes se convierte en la persona que intervendrá en el proceso; como consecuencia de ello la sentencia recaerá o bien a favor o bien en contra del *cognitor* y no sobre su mandante, y del mismo modo, la *actio iudicati* permite solicitar el cumplimiento de la sentencia y tiene potestad para su solicitud tanto el *cognitor* como el mandante o *dominus negotii*⁶⁰. Estas consecuencias trasfirieron el siguiente tratamiento:

A. Supongamos que estamos en un caso donde el demandante designa a un *cognitor*, actuando éste por medio de un mandato expreso del *dominus negotii*⁶¹, en el momento que se llega a la *litis contestatio* la acción se consume y al demandado le es indiferente que actúa o bien el demandante por sí mismo o bien el *cognitor*, ya que en cualquiera de los dos casos la acción se consume. En el caso de que la sentencia sea favorable al *cognitor*, éste posee la *actio iudicati* para solicitar su ejecución; una vez que se obtenga, el demandante se debe dirigir a su *cognitor* para exigirle la entrega de lo que hubiera logrado a través de la *actio iudicati*. Como podemos observar surgían inconvenientes, que fueron subsanados por la jurisprudencia por medio del traspaso de la *actio iudicati* del *cognitor* al demandante, pudiendo este último ejercitarla de forma directa sobre el demandado vencido y así conseguir por sí mismo los resultados de la sentencia⁶².

⁵⁹ Gayo, 4, 83: “*Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat: QUOD EGO A TE verbi gratia FVNDM PETO, IN EAM REM LVTIVM TITIVM TIBI COFVNDVM PETIS, IN EAM REM TIBI PVBLICVM MEVIVM COGNITOREM DO. Potest ut actor ita dicat: QVOD EGO TECVM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO; adversarium ita: QVIA TV MECVM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO; nec interest, praesens an absens cognitor detur. Sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et suscepit officium cognitoris*” citado por ÁLVAREZ SUÁREZ, U. Curso de Derecho Romano, 1. Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho procesal civil romano (Madrid 1955), p.218.

⁶⁰ ÁLVAREZ SUÁREZ, U. Curso de Derecho Romano, p.219.

⁶¹ Gayo 4, 97 “Actúa como si fuera el propio demandante: *domini loco habetur*, citado por ÁLVAREZ SUÁREZ, U. Curso de Derecho Romano, p.219.

⁶² ÁLVAREZ SUÁREZ, U. Curso de Derecho Romano, “Este traspaso lo realiza el magistrado, a través de una nueva fórmula con trasposición de personas, y *causa cognita*, cuando el *cognitor* interpusiera ante él la *actio iudicati*”, p.219.

B. Si nos encontramos en el supuesto donde el demandado designa un *cognitor*, la sentencia será condenatoria, y sus efectos recaerán sobre el *cognitor* y no sobre el demandado; el actor puede encontrarse con una situación de riesgo si el *cognitor* es insolvente. Ahora bien, el demandante para prevenirse de este riesgo exige al demandado una garantía de que, será el demandado el que asuma los efectos de la sentencia – *satisfatio iudicatum solvi* Gayo, 4, 101–. Si la sentencia es favorable al *cognitor* del demandado, éste quedará absuelto, en virtud de la relación de mandato existente entre ambos.

3.4- EL DEFENSOR

A las figuras del *cognitor* y *procurator* debemos añadir el *defensor*, en ocasiones se alude al representante que interviene en defensa del demandado, por ausencia del mismo, otras veces a aquél que actúa sin mandato o al representante procesal del actor cuando carece de mandato.

Los orígenes etimológicos del *defensor* surgen para la evitar sobre el demandado *indefensus* los daños de la *misio in bona*; otro caso era en la *bonorum venditio*, donde se actuaba sin previo compromiso; de la misma forma, se utilizó más tarde en los casos donde se intervenía análogamente en favor del demandante, para los casos donde el pretor no concedía una *restitutio in integrum*. De la misma manera que el *procurator* prestaba una garantía –*cautio ratam rem dominum habiturum*–⁶³, el defensor del demandante debía hacer lo mismo con el demandado. Si por el contrario, el demandado es sustituido por un defensor debe garantizar al demandante que la sentencia tiene que ser respetada en su decisión y cumplida, garantizándolo por medio de la *cautio iudicatum solvi*⁶⁴ (Gayo, 4, 101).

⁶³ Esta caución se debe prestar en el periodo clásico todos los *procuratores* (Gayo, 4, 98); en época de Justiniano tan sólo aquellos que no saben a ciencia cierta si son o no mandatarios del *dominus* (Ulpiano, Dig. 3, 3, 39, en Donatuti), citado por ÁLVAREZ SUÁREZ, U. Curso de Derecho Romano, p.221.

⁶⁴ Gayo, 4, 101, citado por ÁLVAREZ SUÁREZ, U. Curso de Derecho Romano, p.221.

3.5- NEGOTIORUM GESTIO

La *negotiorum gestio* es una institución que gestiona una pluralidad de negocios por la propia iniciativa de un sujeto y sin tener obligación para a ello. De este modo encontramos acciones recíprocas que derivan de la gestión, siendo una *actio* de carácter único, de igual manera a la de sociedad, todo ello en palabras de Biondi⁶⁵. La gestión es voluntaria sin la existencia de elementos obligatorios; del mismo modo, a parte de la voluntariedad de la gestión tiene otras características cómo:

1. Debe recaer sobre el negocio de otro sujeto.
2. *Animus negotia aliena gerendi*.
3. *Negotium utiliter coeptum*.

Respecto a los dos últimos requisitos los autores han sido críticos con ellos en cuanto a su necesidad, así que para Riccobono⁶⁶ el *animus negotia aliena gerendi* pertenecía a la época de Justiniano, siendo un requisito clásico; no obstante, Partsch en primer lugar y posteriormente Arangio-Ruiz, estiman que el negocio ajeno se inserta de mejor forma en los cuasi-contratos justinianeos y la gestión objetiva en la jurisprudencia clásica⁶⁷.

Una vez que se cumplen los requisitos se realiza la concesión de la *actio negotiorum gestorum*, respetando el fragmento de Ulpiano que dice así:

Ait Praetor: *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo.*

Sin embargo, la doctrina y más concretamente los autores Partsch y Lenel⁶⁸, discrepan tanto del alcance como del origen de este texto de Ulpiano, ya que solo observaba al *absentis* y más adelante fue sustituido por *alterius*. La defensa de ausentes se recoge como germen en el D. 3, 5, 1 (Ulpiano. libro X *ad edictum*) e igualmente de D. 44, 7, 5, pr (Gayo, libro III *Rerum quotidianarum sive Aureorum*); como consecuencia de ello, la *actio* concedida para la defensa de los ausentes se dio en época arcaica, ya que el

⁶⁵ BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli 1972, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones en torno al *procurator* y a la *negotiorum gestio*, p.162.

⁶⁶ RICCOBONO, Dal diritto romano classico al diritto moderno, “Annali del Seminario giuridico” della R. Università di Palermo, 1917, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.162.

⁶⁷ PARTSCH, *Studien zur Negotiorum Gestio, Aus nachgelassenen Schriften*, vol. II, Berlin 1931 y ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Nápoles 1972, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.163.

⁶⁸ PARTSCH, *Studien zur Negotiorum Gestio...* y LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, reimpr 1974, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.163.

territorio romano era reducido y no existían grandes relaciones exteriores, dando así escasos ejemplos de ausencias de carácter prolongado. A pesar de todo, a partir de las conquistas militares o políticas, el territorio se amplió dejando una gran cantidad de bienes sin apenas protección, ya que los ciudadanos emigraron de la ciudad obligados.

La ausencia afectó tanto al Derecho Público como al Derecho Privado, respecto del primero, los casos más significativos donde influyó la ausencia fueron en la presentación del censo o en la asistencia a las Asambleas; en cuanto al segundo, la afectación tuvo lugar en el ámbito procesal.

Del mismo modo, surge la figura del *procurator* que también gestiona los bienes del ausente a través de la *actio negotiorum gestorum*, dándose ésta en época republicana cuando el mandato no era reconocido y estaba limitado a la *gestio sine mandato*.

Para Arangio-Ruiz⁶⁹, el *negotiorum gestor* no es una figura intermedia como sí es para otros autores, él lo considera más bien un *procurator*, es decir, gestiona los intereses patrimoniales de la persona ausente. Sin embargo, como afirma Schulz⁷⁰, la creación de la *actio negotiorum gestorum* es de carácter original, es decir, el germen de la *humanitas romana*. No existe una obligación para gestionar por otra persona cuando éste no pueda hacerlo por los motivos que sean, no obstante, el derecho debe favorecerle porque responder a unas exigencias de carácter ético y social, donde se pretende establecer un equilibrio entre la salvaguarda de los derechos de una persona, ante las posibles intromisiones ajenas, y la solidaridad para gestionar negocios cuando el titular de ellos no pueda por estar imposibilitado⁷¹.

García Vázquez afirma que esta *actio* no tiene en cuenta la figura del *procurator*, respecto de los negocios que realice por otra persona; sin embargo, sí se tendrá en cuenta al *procurator* que actúa en el proceso, es decir, el *procurator ad litem*⁷². Se intuye que la figura del *procurator* nació de la necesidad inminente de comparecer en el juicio. Esta teoría viene amparada sobre la figura del *indefensus* en cuanto a la defensa procesal; aunque, en algunas ocasiones se ha llegado a considerar la *defensio* como la *expromissio*,

⁶⁹ ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Nápoles 1958, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.167.

⁷⁰ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona 1960, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.168.

⁷¹ DE SEMO, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid 1961, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.169.

⁷² SERRAO, *Il procurator*, Milán 1947, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.169.

que es un acto de defensa en juicio, siendo una institución antigua donde cualquier persona podía representar ante el pretor o el juez al demandado que no podía comparecer.

Como consecuencia de ello la figura del *indefensus* se considera a aquella persona que no es defendida ni aunque esté ausente, excepto en el caso de *reipublicae causa*, esto es, cuando la ausencia de Roma es por la atención de asuntos del Estado. Por consiguiente, aquella persona que esté ocupada por distintos asuntos de carácter público –*absens reipublicae causa*– se le concederá la *restitutio in integrum ob absentiam*.

La fuerza e importancia que tiene el *defensio* se encuentra en que el *indefensus* se identifica con la figura del *confessus*, donde la defensa es obligatoria porque se deben rendir cuentas y por tanto, el edicto creó unas acciones penales para aquél que no comparezca ni presente *vindex*⁷³.

Por lo que se refiere a la *actio in personam*, nos encontramos ante la negativa del demandado a participar en la *litis contestatio*, siendo considerado como *indefensus* e imposibilita la realización del proceso; por el contrario, el magistrado tiene la posibilidad de conceder por medio del *imperium* la posesión de los bienes de aquél al demandante, pudiendo ser vendidos en pública subasta⁷⁴. En relación con la *actio in rem*, el demandado tiene la opción de renunciar a defender la cosa siendo ésta abandonada y conllevando la concesión por parte del pretor de la posesión del objeto litigioso⁷⁵.

Esta cuestión se da en parte porque el *agere* del actor realiza una oposición ante el *defendere* del demandado, ya que en la *actio in rem* se trata de un *rem defendere*, mientras que por el contrario en lo que respecta a la *actio in personam* estamos ante un *defendere* que defiende la propia persona. Hay que mencionar además, que el defensor es aquel *procurator* que defiende al demandado en el proceso, cuando no pueda presentarse ni proceder al nombramiento del *congnitor* y que sin mandato alguno, se presente en el proceso para defender sus derechos pasando a la posición de demandado y asumiendo tanto las consecuencias acaecidas del proceso como de la condena⁷⁶. Conviene subrayar,

⁷³ BUONAMICI, *Procedura civile romana*, Roma 1971, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.171.

⁷⁴ D. 42, 4, 2, pr. (Ulpianus, libro V ad Edictum) : *Praetor ait : “in bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur, iri iubebo”*, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.172.

⁷⁵ D. 6, 1, 80 (Anthianus, libro I ad Edictum) : *In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere; ita ut, si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit*, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.172.

⁷⁶ SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, p.201.

que a este *procurator* se le protegió puesto que prestaba fianza para actuar en el proceso y más concretamente en el juicio.

Lo dicho hasta aquí supone que varios autores defiendan en sus tesis la *actio negotiorum gestorum*, en cuanto a que de forma inicial amparaba solamente al *procurator* y que posteriormente se amplió a la figura del *dominus*.

Como se ha dicho, la actuación que desarrollaba el *procurator* era de carácter procesal y esto viene sostenido porque en el Digesto “*De procuratoribus et defensoribus*” la figura del *procurator* era tratada; de la misma manera, en el Edicto Pretorio y en los diferentes tratados de los juristas se apoya a la *actio negotiorum gestorum*⁷⁷

Dicho lo anterior, el pretor tuvo que tener una actuación precisa a la hora de determinar tanto los derechos como los deberes de la persona que representa a otra en un proceso frente a la figura del *dominus litis*.

Podemos condensar lo dicho hasta aquí en palabras de García Vázquez, que la *actio negotiorum gestorum* tiene su germen en la protección de las relaciones surgidas entre el *procurator ad litem* y su representado, asumiendo además las relaciones que podía realizar el *procurator* encargado de administrar los bienes y más tarde al que gestionaba los negocios de otra persona.

3.6- LA REDACCIÓN DE LA FÓRMULA Y LAS CARACTERÍSTICAS DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL

Por lo que se refiere a la redacción de la fórmula en aquellos casos de representación procesal, donde el juez cerraba la fase *in iure* y abría la fase *in iudicio*, tenía una redacción que invitaba a la *condemnatio* a tener efecto a favor o en contra del *cognitor* o *procurator*, con esto quiero decir, que tanto las consecuencias favorables como las desfavorables de la sentencia recaían sobre la figura del representante y no sobre el representado. Lo dicho hasta aquí supone que la fórmula exigía siempre ser actor a aquél que utilizaba un representante judicial; para ser más específicos, nos centramos en la *intentio* donde el nombre del representado figuraba y en la *condemnatio*, se sustituía el nombre por el *cognitor* o *procurator* designado.

⁷⁷ ARANGIO-RUIZ, Il mandato in diritto romano, Nápoles 1965, citado por GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones, p.173.

Todavía cabe señalar, el supuesto donde el que pleiteaba a través de un representante era únicamente el demandado por medio de una *actio in personam*.

Así, por ejemplo, en las acciones reales no se daba lugar a la transposición, por el simple hecho de que el nombre del demandado no constaba en la *intentio*, no obstante, solo encontramos el nombre del demandado y la cosa que es objeto del pleito; en cambio, la *condemnatio* puede ser formulada tanto a favor como en contra el *cognitor* o *procurator*.

Llegados a este punto, la representación directa⁷⁸ o inmediata en el proceso no fue una idea acogida, añadiendo como elemento esencial los efectos novatorios que presentaba la *litis contestatio*, todo esto parece confirmar que ésta al celebrarse con el representante, la nueva relación con la parte contraria se quedaba en un punto muerto, la cual había sustituido a aquella que existió entre los litigantes antes de aquel instante procesal. El efecto inmediato que emergía de la sentencia era la *actio iudicati*, con dos efectos distintos, uno a favor y otro en contra del representante.

En relación con la *litis contestatio* en sus inicios se celebraba a través del representante del actor, quedando al margen la *consumptio* de la *actio* del representado. Esto supone que se adopten una serie de medidas precautorias en casos donde intervengan los representantes.

Acerca del *alieno nomine agit*, podemos decir que haciendo valer un derecho de carácter sustantivo que tiene por sujeto, ya sea activo o pasivo, a otra persona, sin embargo, no podemos afirmar que esté en el juicio en nombre de otro sino que estará actuando en nombre propio. Por tanto, estamos ante una figura catalogada como más bien un sustituto procesal en vez de ser un verdadero representante⁷⁹.

En cambio, con el paso del tiempo la inmediata sustracción del representado a los efectos de la sentencia y la *actio*, sufrieron cambios en cuanto a las diversas atenuaciones. En el caso de los representes judiciales se fue asimilando respecto de la parte de los efectos a la figura de la representación directa, conllevando una ampliación posterior en cuanto al número de representantes judiciales que iban consumiendo la *actio domini*⁸⁰.

⁷⁸ ÁLVAREZ SUÁREZ, U. Curso de Derecho Romano, p.222. La representación directa va tomando forma en el marco del proceso romano, no obstante, en el Derecho provincial egipcio existen mayores dificultades.

⁷⁹ Ve, BETTI, *Diritto romano., I, Parte generale, Padova*, 1935, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.74.

⁸⁰ ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.74-75.

3.7- LA CONSUNCIÓN DE LA ACTIO Y LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS (CAUTIO DE RATO Y CAUTIO IUDICATUM SOLVI)

El siguiente apartado trata sobre las consecuencias de las medidas precautorias, las cuales estaban reguladas en el edicto e ilustraré mediante un esquema⁸¹:

Representación del demandado	Por cognitor	Cautio iudicatum solvi presentada por el dominus (representado)
	Por procurator	Cautio iudicatum solvi presentada por el mismo procurador representante
Representación del demandante	Por cognitor	Ninguna medida especial
	Por procurator	Cautio de rato (presentada por el procurator o defensor)

Podemos observar en el esquema presentado como en el caso donde el demandado actúo por medio de la representación, no existe diferencia alguna respecto a la medida que se deba tomar, ya sea el representante tanto *cognitor* como *procurator*. En cuanto a ambos casos, se rigen por el principio de bis de *eadem re ne sit actio*, en otras palabras, el actor quiere asegurarse que las consecuencias de la sentencia sean cumplidas además de extinguir su acción “*Ab eius vero parte cum quo agitur si quidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisfdari debet, quia nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur*” “*Sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere iubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator*”⁸².

En el Edicto se recogía la forma de prestar esta *cautio* a través de las *stipulationes praetoriae* y su redacción contenía tres responsabilidades: en primer lugar, la del resultado del juicio; en segundo lugar, el compromiso de defenderse y en último lugar, el dolo⁸³. En palabras de Lenel obtenemos una hipótesis sobre este contrato de carácter verbal: “*Qua da re ego tecum acturus sum, ob eam rem iudicatum solvi eamque rem boni viri arbitratu defendi quando ita non defendetur, quianti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque ese spondesne? Spondeo*”⁸⁴.

⁸¹ Esquema que representa las medidas precautorias recogidas en ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.75.

⁸² GAYO, 4, 101, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.75.

⁸³ D., h. 1., 6 (Ulpiano), citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.75.

⁸⁴ LENEL, 1. C., II, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.75.

Lo dicho hasta aquí supone que el modelo de estipulación fue reformado en cuanto a la *cautio iudicatum solvi* aunque según Duquesne⁸⁵ consideró de mayor semejanza y analógica de lo que Lenel pensaba, entre ésta *cautio* y la *cautio pro praedes litis et vindiciarum*; donde tanto en la cláusula *ob rem iudicatum* como en la *ob rem defensam*, iban a contener la causa *cavendi*, además, se iba a enumerar una serie de personas que debían ser afectadas por la eficacia de la *cautio iudicatum solvi*. Para ilustrar mejor estas consideraciones, cogemos el ejemplo del jurisconsulto Celso en el (D., 50, 16, 158) “*Si ea res a Sempronio iudice quive in eius locum substitutus erit, secundum me heredem cognitorem meum iudicata erit, quod ob eam rem te heredem cognitorem tuum solvere oportebit*”.

Por lo que se refiere al representante judicial tanto del demandado como del actor, en esta reconstrucción que se llevaba a cabo no parece apropiada por lo que se desprende de los fragmentos de Ulpiano y de Gayo establecidos en (D., 3, 3, 27, 1 y D., 46, 7, 7) siendo improcedente.

En el marco de las acciones reales emergía la *traslatio possessionis* siempre y cuando la *cautio iudicatum solvi*⁸⁶ no fuera presentada o del mismo modo en el secuestro *apud officium* del objeto del pleito, dependiendo si el demandante estaba dispuesto o no a prestar esta caución. En el supuesto de que la acción fuera personal, el demandado queda en una posición de *iudicatus* o en su defecto como el deudor *qui fraudationis causa latitat*.

En aquellos supuestos donde el que litigase por medio de la figura del representante fuera el actor, la forma tan peculiar de designación propiciaba diferencias sustanciales. Respecto a la designación del *cognitor* se concreta de una forma solemne donde deben estar presentes ambas partes del proceso y agotaba como era de esperar la *actio* como si hubiese sido ejercitada por el propio demandante.

Como consecuencia el demandado una vez finalizado el proceso con el *cognitor*, él sabía que no sería molestado con un nuevo pleito que se hubiera planteado por el representado; ya que había extinguido su *actio*. Sin embargo, no se daba esta situación en cuanto a la figura del *procurator*, dado su origen extraprocesal no ofrecía garantías de seguridad.

⁸⁵ Contribution à l' étude de la “*cautio iudicatum solvi*” en Mélanges Girardin, Paris 1907. La “*traslatio iudici*” dans la procédure civile romaine, Paris 1910. La *contexture générale* de la “*cautio iudicatum solvi*”, en Mélanges Fitting, I, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.76.

⁸⁶ ÁLVAREZ SUÁREZ, U. Curso de Derecho Romano, p.221.

Esto generó una necesidad primordial en el aseguramiento por el demandado de eliminar el peligro posterior surgido en el pleito entablado por el *procurator*; estableciendo el *dominus* representado otro sobre el objeto. Por consiguiente, no había *deductio in iudicium rem domini* como en el caso del *cognitor*, y por ende quedaba activa la *actio* del *dominus*⁸⁷.

De la misma manera, el peligro surgido se iba disipando gracias a la *cautio amplius non petit* que se daba en época de Cicerón, y que posteriormente fue denominada como la *cautio de rato*⁸⁸ o *cautio ratam rem dominum habiturum*⁸⁹ que Lenel explica mediante su reconstrucción de esta forma: “*Qui nomine mecum acturus es eo nomine amplius non esse petiturum eum cuius de ea re actio petitio persecutio est erit, ratamque rem habiturum esse Lucium Titium heredemve eius eumve ad quem ea res pertinebit, dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse, quod si ita factum non erit sive quid adversus ea factum erit, quianti ea res erit tantam pecuniam dari spondesne? –Spondeo*⁹⁰.

3.8- ETAPAS EVOLUTIVAS CON VISTAS A UNA NUEVA Y REGENERADA CONFIGURACIÓN DE LA PROCURADURÍA PROCESAL

Acerca del sistema del Edicto sobre la consunción de la *actio*, ésta fue con el paso del tiempo modificada por los jurisconsultos del siglo II. En cuanto a la aplicación de la consunción que se llevaba a cabo en la figura del *cognitor*, por ser su designación solemne debía en un primer momento extenderse a aquellos que tenían atribuidos poderes determinados; agotando la *actio* de su *dominus* y por tanto, no se les exigiría la *cautio de rato*.

Es probable que las diferentes etapas evolutivas sobre esta materia doctrinal, sean de difícil fijación. Se considera que la exención de la *cautio de rato* tal vez comenzase otorgándose tanto a los tutores como a los curadores respectivamente, añadiendo la *necessitas satisfationis* de forma gravosa; por el simple hecho de la demora en el tiempo, dicho de otra manera, el periodo de incertidumbre que debían soportar hasta la ratificación

⁸⁷ GAYO, 4, 98, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.77.

⁸⁸ PAPERI, Considerazioni sull' origine del “Procurator ad litem”, LABEO N° 1. 2002. Vol. 48, p.49.

⁸⁹ En el periodo clásico se debe prestar esta *cautio* por toda clase de *procuratores* (GAYO, 4, 98); ya en tiempos de Justiniano solamente se exigía a aquellos donde no se sabe con certeza si son o no mandatarios del *dominus* (argumentos, sobre Ulpiano, D. 3, 3, 39, Donatuti), citado por ÁLVAREZ SUÁREZ, U. Curso de Derecho Romano, p.221.

⁹⁰ ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.77.

de lo cometido o bien por el tutor o el curador podía alargarse años, periodo de tiempo que debilita la seguridad de la solvencia de los fiadores⁹¹.

La figura del *procurator praesentis* fue de gran importancia, porque podemos afirmar en base a las fuentes doctrinales que se le eximió de la *cautio de rato*, siendo el primer *procurator* sobre el que recaía tal privilegio; así mismo, en el texto de Papiniano podemos encontrar esta referencia: “*Absentis procuratorem satisdare debere de rato habendo recte responsum est. Multis enim casibus ignorantibus nobis mandatum solvi potest vel nonte vel revocato mandato. Cum autem certum est mandatum perseverare, id est cum praesens est dominus, satisfactionis necessitas cessat*”⁹².

Hubo discrepancia entre varios autores sobre qué debía entenderse por *procurator praesentis*, por tanto, Puchta y Keller sostenían que este *procurator* atendía al caso del *praesens dominus litis in iudicio procuratoris sui personam confirmaverit*, esot quedó recogido en I., 4, 11, 3; no obstante, según Eisele considera que se debe entender como un *procurator* de un *dominus* presente en el lugar donde se realiza el proceso, en contra de las opiniones que se centraban en las exigencias arcaicas de la designación de tal *procurator*. Por consiguiente, la presencia de la figura del *dominus* en el proceso genera seguridad al demandado y además, la *cautio de rato*⁹³ es innecesaria.

En lo que respecta al párrafo segundo del título II de las Instituciones de Justiniano hasta el final, no se corresponde con la mayoría de los textos redactados por los jurisconsultos de la época clásica⁹⁴. En los fragmentos 5 y siguientes del título de procedimiento del Digesto, de los comentaristas Paulo y Ulpiano se comenta sobre el Edicto encontrando consideraciones sobre quiénes eran los presentes en el lugar del proceso. Los fragmentos contienen la *praesentia*, la cual no se refería a los tribunales sino a la ciudad donde el pleito se iba a desarrollar y tramitar, extendiéndose sobre las fincas y casas rústicas cercanas al casco urbano de la ciudad “*Praesens habetur et qui in hortis est*”.

⁹¹ GAYO (4, 99) establece que, a pesar de que con arreglo al Edicto tanto los tutores como los curadores deben *satisdare*, *aliquando...satisdatio, remittitur*. Estos casos, en palabras de Eisele, los de guardadores que sean designados por el magistrado y no aquellos que como los *tutores testamenti dati*, que podían abdicar, y los *curatores legitimi*, que también podían perder su cargo por una *capitis deminutio*, resultaban más inseguros, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.78.

⁹² Fragmento. Vat., 333, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.78.

⁹³ L. c., p., citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.78.

⁹⁴ FERRINI, Sulle fonti delle I. de Giustiniano, Opere, vol. II, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.78.

Conviene subrayar que la presencia del *dominus* en el lugar del proceso dista en gran parte de ser una garantía para el demandado, por tanto, en palabras de Eisele, éste estima la aplicación en este supuesto del mismo criterio que se emplea cuando un padre da un permiso en el mutuo a un *filiusfamilias* D., 14, 6, 12. El *dominus* presente en el proceso debía ser el encargado de hacer que cesara la actividad del *procurator* que había sido destituido.

Del mismo modo, la *praesentia domini* persistía a lo largo de la fase *in iure* hasta que a través de la celebración de la *litis contestatio* el *procurator* verdadero se convertía en el sujeto de la relación procesal.

3.9- EL PROCURATOR APUD ACTA FACTUS Y EL CONFIRMADO POR CARTA

El siguiente punto trata del *procurator apud acta factus* que fue también eximido del afianzamiento “*Non est incerti iuris, eum qui apud acta factus est agentis procurator non compelli ratam rem dominum habiturum satisfacere*”⁹⁵.

Los textos no son precisos respecto de la designación del *procurator*, no obstante, en el rescripto de Diocleciano y Maximiano, encontramos una referencia al *procurator apud acta factus* (Fragm. Vat., 317) y un párrafo de las Sent. de Paulo (III, 1), donde se enumeran las distintas formas de designar al *procurator*. Tomando como punto de partida estas fuentes, podemos decir que la designación se realizaba por medio de una declaración, en la que se tomaba razón en el acto protocolario oficial y que la adscripción se hacía en presencia del poderdante. En cambio Eisele, estima que la presencia del *dominus* en el acto de la designación para que quede registrada ésta, es de carácter superfluo si pensamos simple y llanamente en el protocolo de un funcionario cualquiera que ostente del *ius conficiendorum actorum*.

Es un requisito la presencia del poderdante en el acto donde una autoridad de fe y además, registre la declaración realizada por el poderdante. Entendiendo la presencia como obligatoria debemos suponer que lo es, respecto al magistrado del proceso, ya que solo así podemos explicar la similitud que existe con la figura del *cognitor*.

Por el contrario, esto no quiere decir que la presencia del *dominus* deba ser de forma continuada a lo largo de la fase *in iure*. Así que la figura del *procurator apud acta*

⁹⁵ C., 2, 56, (Diocleciano y Maximiano), citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.79.

factus no se considera un *procurator praesentis*; más bien es otra modalidad de *procurator*⁹⁶.

A lo largo de la historia surgen dudas sobre la dispensa del *procurator apud acta factus* respecto de la *cautio de rato*, ya que la designación del mandatario era precisa y los poderes del *procurator* tenían un origen definido. Otras hipótesis que se han ido planteando se refieren a la garantía del demandado contra una revocación del mandato, cuando lo desconocía o contra la extinción por la muerte del demandante; según Arias Ramos, este mandato no cesaría para el demandado, salvo en el caso de que la revocación o la extinción constaran en el proceso. Sin embargo, cabe la posibilidad de que la extinción siguiera siendo válida mientras el demandado conozca por otros medios. Ahora bien, no se llegó a admitir el supuesto donde la validez de una cesación del mandato *apud acta factus* tuviera lugar *ignorante adversario*⁹⁷.

Todavía cabe señalar una variedad de *procurator apud acta factus* en época del Principado, se daba en los litigios donde una serie de cuestiones coexistían con el ordinario siendo denominadas como proceso *per rescriptum principis* o *per libellum principi oblatum*⁹⁸. La declaración que se llevaba a cabo para designar al *procurator* quedaba fijada en la demanda y esta *professio* era suficiente para que no se le exigiera al mandatario la *cautio de rato*, y así obtuviera las mismas consecuencias que en los casos de cesación del mandato *ignorante adversario*⁹⁹.

De la misma manera, en el pasaje de Modestino (D., h. t., 65) se encuentra recogida otra dispensa de la *cautio de rato*, en la que el *dominus* del *procurator* ha dirigido una carta a la otra parte, esto es, al adversario para que éste designe a un representante para pleitear y así aceptar como válida su gestión.

⁹⁶ Ve EISELE, I. c., y BERTOLINI, I. c., en contra posición del punto de vista de KELLER, Der röm. Civiiproz., Ve. Exégesis de EISELE, párrafo final del rescripto citado por Diocleciano en cuanto a la exigencia por parte del demandado de una *cautio de defendendo* en el caso de que surja una *defensionis allegatio*, en parte al carácter de mandatario especial que ostenta el *procurator apud acta factus*, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.80.

⁹⁷ ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.80.

⁹⁸ Las respectivas secciones que se dedican a esta tramitación en los tratados de derecho procesal romano ya citados de BETHMANN-HOLLWEG, COSTA, GIRARD, BERTOLINI y WENGER, las Inst. de este último, el cual contiene bibliografía respecto del asunto y observaciones sobre el aspecto político de la forma del proceso, puede verse la monografía de ANDT, *La procédure par rescrit*, París, 1920 y los documentos agrupados por PARTSCH, *Neu Urkunden zum justinianischen Rescriptenprozess*, Göttinga, 1911, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.80.

⁹⁹ D., 46, 8, 21. (Ulpiano). “*Ne satisfactio ratam rem dominum habiturum exigatur in his, quae nomine elus ageret. qui eum se facisse procuratorem libello Principi dato professus est, prodest*”, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.81.

El presente texto dice así: “*Si procuratorem absentem dominus satisfactione relevare velit, literas suas adversarium dirigere debet, quibus significet, quem adversus eum procuratorem, et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum, quod cum eo actum sit*”.

En este fragmento se puede observar cómo se acepta la exención a través de la asimilación al *procurator praesentis* y consta la ineficacia si se da algún cambio de voluntad a lo largo del proceso por el poderdante. Así mismo, podemos ver similitudes entre el fragmento de Modestino con el rescripto de Diocleciano y Maximiano.

Como consecuencia de todo ello, el autor Eisele, rechaza la hipótesis en el caso de aquel autor que se basa en el rescripto utilizando el pasaje de Modestino; igualmente, en el supuesto donde los compiladores introdujeron en la constitución de Diocleciano y Maximiano el párrafo de Modestino. Es necesario recalcar que los compiladores de Justiniano modificaron las palabras de Modestino donde éste extrapolaba la figura del *procurator* no con el *procurator praesentis* sino con el *cognitor*.

La *literis eius adprobantis* no existía en el Código y por tanto, es de los compiladores; además, la frase “*iudicium...index ratum habere debet*”, se encuentra recogida en el Código siendo relacionada con el concepto de la *exceptio rei iudicatae*, en un segundo proceso de *eadem re* iniciado por el *dominus*; de la misma forma, la frase “*iudicium...ratum esse debet*”, se refiere a la validez objetiva del *iudicium*, hace que en el derecho positivo romano exista un precepto que declarase grosso modo la invalidez absoluta de un *iudicium*, en particular, por quien entablara no tuviera encargo del *dominus*. Llegados a este punto, podemos decir que este precepto no surgió en el Derecho Romano hasta la constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio plasmado en el C. Th., 2, 12, 3¹⁰⁰.

3.10- TÉRMINO DE LA EVOLUCIÓN

Como se afirmó arriba, todos y cada uno de los procuradores ejercitaban y consumían la *actio* de su *dominus*, por lo tanto, no se necesitaba la *cautio de rato*. A medida que se iba evolucionando, se empezó a aplicar en el marco general la misma consideración, respecto de la *deductio in iudicium*, esto es, a todos los procuradores con mandato. Uno de los debates doctrinales se centra en saber cuándo empezó a darse esta

¹⁰⁰ *In principio quaestionis persona dabet inquiri, et utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. Quibus rite et solemniter constitutis potest esse sententia; praeteritis autem his nec dici controversia solent, nec potest esse iudicium*, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.82.

generalidad en cuanto a la dispensa de la *cautio de rato*; en palabras de Bethmann-Hollweg y Keller consideran el nacimiento de esta evolución en la etapa de las grandes figuras de la jurisprudencia clásica.

En contraste con esta hipótesis está Eisele, entendiendo que la *deductio in iudicium* de la *actio* del representado en época clásica, se encontraba limitada a aquel *procurator* con mandato especial, en particular, sobre la figura de rancio abolengo romano del *procurator omnium bonorum*¹⁰¹.

Avanzando en nuestro razonamiento, encontramos diferentes tipos de *procurator* con mandato, por ejemplo, aquél que fuera nombrado para los procesos relacionados con un asunto o negocio e igualmente, el que fuera designado para todos los pleitos que el poderdante tenga contra una persona.

Los textos que apoyan la teoría que considera terminada la evolución en la época de Alejandro Severo, son en primer lugar, el de Ulpiano, contenido en (D., 3, 3, 27 pr.; D., 44, 2, 11, 7; D., 5, 1, 56). Como podemos observar tenemos tres textos, el primero hace referencia a que nada perjudica al *dominus* respecto de lo que se haya hecho en un proceso sin la pertinente aprobación del mismo “*mandatum non est*”; en cuanto al segundo texto, encontramos la enumeración entre las personas “*quae rem in iudicium deducunt*” al “*procurator cui mandatum est*”; y en último lugar, el tercer texto alude que el “*licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est*”.

Sintetizando, pues, diré que según Eisele, consideró a los dos primeros textos de carácter interpolado. En el primero de ellos y más concretamente en la parte final del mismo “*cum neque in iudicium*”, según su tesis debe pertenecer a la *rescriptio*.

En el segundo de los textos, estima que si los compiladores suprimieron al *cognitor* en la enumeración, del mismo modo, pudieron modificar y suplir la siguiente frase: “*procurator praesentis et apud acta factus*” por esta otra “*procurator cui mandatum est*”. En relación al tercer texto, Eisele mantiene la tesis sobre la correlación existente con otros textos de Ulpiano (D., 46, 3, 12, pr.,) donde podemos encontrar el concepto de *verus procurator*.

¹⁰¹ M.V. SANSÓN, La *potestas alienandi* en el derecho romano clásico, en Revista de derecho notarial n. CXXXIX, Madrid 1988; La transmisión de la propiedad, Ed. Marcial Pons, Madrid 1998; P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, en *Scritti* (1930); P. ANGELINI, *Il procurator*, Milano 1971, citado por M. V. SANSÓN, Reflexiones sobre la representación en el Derecho romano clásico y sobre la *actio ad exemplum institotiae*, en la Revista General de Derecho Romano 19 (2012)

Prosiguiendo nuestro análisis encontramos otros textos como el de Paulo (D., 12, 2, 17) y de nuevo uno de Ulpiano (D., 46, 7, 3, 2) donde Eisele confirma el concepto de *verus procurator* como el *procurator especial* o *omnium bonorum*.

Con el paso del tiempo los argumentos de Eisele han sido ratificados; sin embargo, Bertolini refutó y contradijo la tesis basándose en la claridad y carácter explícito de las dos leyes de Ulpiano que señalaban el mandato especial y el mandato *omnium rerum*¹⁰².

Por lo tanto, Arias Ramos se postula con la idea de Costa, que afirma la imposibilidad de evitar la sospecha de que estos fragmentos no lleven consigo un principio clásico al ser confrontados con los Fragn. Vat. 317 y 381, reflejando el estado jurídico del asunto dominante en la época de los Severos “*Forse nell’ ultimo diritto prevalse come regola generale che tutti i procuratores investiti di mandato ad agire consumassero, intentando l’ azione, il corrispondente diritto del dominus*”¹⁰³.

3.11- CONSUNCIÓN DE LA CAUTIO Y ACTIO IUDICATI

En relación a la evolución anteriormente mencionada, se fue extendiendo hacia los representantes judiciales cuya designación se encuentra en la consunción de la *actio* del poderdante, configurándolo como un representante directo y dejando de lado del mero sustituto procesal. En lo que toca a la *actio iudicati*, podemos afirmar que fue un mecanismo determinante para la ejecución de la sentencia, ya que se daba en los primeros años tanto a favor como en contra del representante y no del presentado.

Se debe agregar que los actos para trasponer los efectos del pleito eran chocantes y posteriores al proceso. Simultáneamente, el sistema primitivo fue modificándose a medida que pasa el tiempo y del mismo modo la transposición de los efectos al representado no dejándose a una simple cesión voluntaria de acciones, sino que se aplicó de forma interna en el ámbito procesal, por ende de las medidas que el órgano jurisdiccional aprobaba.

Todas estas observaciones se relacionan también con la figura del pretor, porque logró por medio del *cognitor* y *procurator* modelar los vestigios arcaicos sobre los representantes judiciales. Con esto quiero añadir, que el pretor se sirvió de la *actio utilis* como instrumento, aprovechada por el *ius honorarium* para ampliar en su extensión o

¹⁰² Ve. WENGER, I. c.; GIRARD, I. c.; BERTOLINI, I. c., t. II, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.83.

¹⁰³ COSTA, Profilo, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.84.

desviar el derecho o una responsabilidad. La utilización de este instrumento tuvo mayores consecuencias en las zonas de derecho privado romano, donde el pretor agrupaba los efectos civiles procedentes de un negocio en cuanto a la persona. Por lo que se refiere a la representación procesal, la *actio iudicati* no fue concedida por el pretor a los representantes, a pesar de ello sí concedió la *cognita causa* como una *actio utilis* ya sea a favor o en contra del representado.

En lo que respecta a los efectos pretorianos de la sentencia podemos observar como no se adjuntan a los efectos civiles, más bien los suprimen y ocupan su lugar “*Actio non adicitur sed transfertur*”. Otro rasgo de la evolución se ve representada en la figura del *cognitor*, ya que varios autores señalan esta figura como el inicio de la evolución porque se estima que fue el verdadero representante directo¹⁰⁴, y como consecuencia se fueron asimilando las posteriores figuras de procuradores respecto de la *actio* y la exclusión de la *cautio de rato* “*Cognitore enim interveniente iudicati actio domino vel in dominum datur*”¹⁰⁵.

Lo dicho hasta aquí supone que el primer *procurator* asimilado a la figura del *cognitor* fue como no podía ser de otra manera, el *procurator praesentis* “*Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio*”¹⁰⁶; del mismo modo, se fue evolucionando de forma paulatina en cuanto al proceso de asimilación al *cognitor*, extendiéndose a todos y cada uno de los *procuratores* con poderes claros.

3.12- LAS INFLUENCIAS PROVINCIALES

El siguiente punto trata de la influencia de las provincias y más concretamente de la del derecho greco-egipcio respecto de la evolución de la representación directa. Según la opinión de Wenger, en Egipto se estudiaron los papiros y por ellos se pudo confirmar la existencia y aplicación de la representación directa en la época *tholemaica*.

¹⁰⁴ Ve. KOSCHAKER. *Traslatio iudicis*; WENGER en el capítulo *Die Prozessstellvertretung* de su obra *Die Stellvertretung in Rechte der Papyri*., Que por obra de la jurisprudencia, el traspaso de efectos del *cognitor* al *dominus litis* se verificase por la vía de una substitución de sujetos en la fórmula de la *actio iudicati* y que con anterioridad a tal elaboración jurisprudencial la ejecución de la sentencia se siguiese a favor o contra el *cognitor*, “*sowening im Sinne der Prozessvertretung lag. wie wenn heute das Urteil für und gegen den Advocaten, statt für und gegen den Klienten vollstreckt würde*” (WENGER, Inst. d. röm. Zivilpr), citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.85.

¹⁰⁵ Fragm. Vat., 317, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.85.

¹⁰⁶ Fragm. Vat., 331, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.85.

Por lo que se refiere a los esclavos de Roma tuvieron un papel importante en cuanto a la influencia sobre la actividad jurídica del *dominus*, que se vio expandida gracias a los esclavos, siendo en Egipto de menor relevancia su actuación. Sin embargo, surgieron opiniones discrepantes sobre la teoría de Wenger como la del autor Mitteis¹⁰⁷, que afirmó la imposibilidad de atribuir valor a los ejemplos romanos expuestos por Wenger, ya que en su gran mayoría no se referían a los representantes sino a los nuncios. De la misma manera, la contradicción entre la práctica popular y local, más el reconocimiento por la legislación imperial y la jurisdicción romano, no era del todo admisible.

Habría que decir también, que las constituciones imperiales en algunas ocasiones introdujeron en sus escritos instituciones provenientes de los pueblos provinciales; en cambio, surgieron luchas y en la época postclásica se encuentran rescriptos de Diocleciano¹⁰⁸ donde la representación directa estaba excluida.

Otra de las opiniones contrarias a Wenger y de mayor radicalización es la manifestada por Rabel¹⁰⁹, donde se niega la existencia de la representación directa en el derecho helénico y por consiguiente, el contraste entre éste y el derecho romano.

Examinaremos brevemente ahora la importancia de la representación procesal, es evidente que los papiros anteriormente mencionados contenían poderes para litigar a través de representantes, este axioma confirma la existencia de la representación directa.

Comenzaré dando como ejemplo ilustrativo el papiro que contenía los autos de un proceso ante la figura del *praesens* de Tebaida, siendo publicado por Meyer en su *Juristische Papyri* núm. 91, ilustrando como la *cautio iudicatum solvi* tenía como objeto asegurar el cumplimiento del *iudicatum* por parte de la demanda.

Acerca de la *cautio iudicatum solvi* podemos decir que su finalidad es asegurar el resultado de la *actio iudicati* dirigida sobre la parte misma y no contra la figura de su representante¹¹⁰.

¹⁰⁷ Ve. la recensión a la obra de WENGER, en Zeits. d. Sav. -Stif, t. 28, así como el epígrafe *Papyri* de su *Römische Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.86.

¹⁰⁸ C., 4, 27, 1. -C., 4, 50. 6 y otros, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.86.

¹⁰⁹ *Die Stellvertretung in dem hellenistischen Rechten und in Rom*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano*, vol. I (de la Sec. de Roma), Pavia 1934, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.86.

¹¹⁰ Ve. GIRARD. l. c., n. 3; COSTA, l. c., así como los trabajos por él citados (n. 1) de WENGER, ZUCKER y MODICA. La bibliografía referente, en términos generales, a la especial situación político-administrativa de Egipto en el marco del Imperio romano, es abundante, por serlo también los materiales a estudiar. Ve.,

Ahora bien en Egipto no se llegó a aplicar el procedimiento formulario, sino la *extra ordinem*. Igualmente, el derecho greco-egipcio influyó de manera palpable sobre la labor jurisprudencial en cuanto al acercamiento del *procurator* en el *ordo iudiciorum* hacia el la representación perfecta, es decir, indirecta, siendo sustituidas las tramitaciones del procedimiento *per formulam* por las de la *extra ordinem*.

4.- LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO ROMANO BIZANTINO

En lo que toca a la representación en el Derecho romano bizantino encontramos la sustitución del sistema procesal formulario por la extraordinaria *cognitio*, desapareciendo la distinción arcaica que se hacía entre la *fase in iure* y la *fase iudicio*, llevando a cabo el pleito en su totalidad por los funcionarios del Estado. De igual manera podemos observar mínimas modificaciones en cuanto a la representación procesal salvo algunas particularidades impregnadas por la sociedad bizantina.

En esta época queda suprimida la figura del *cognitor* por la del *procurator*, siendo éste el único representante judicial. Así, por ejemplo, en los textos justinianos aparece suprimida la figura arcaica de representación judicial en el pleito entre las partes. Llegados a este punto, la problemática se centraba en distinguir si el *procurator* tenía o no mandato para iniciar el proceso “*Licet in principio quaestiones persona debet inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat*”¹¹¹. Hay que mencionar, además que se aclara la *interpretatio* “*Cum primum ad iudicem causa fuerit intromissa, personarum firmitas requiratur, ut is, qui causam alterius prosequitur mandatum eius, cuius causam agendam suscepit, proferre procuret*”.

Sola y exclusivamente, los procuradores demandantes con poderes inciertos estaban obligados a prestar la *cautio de rato*¹¹², extinguiéndose la *actio domini*; por otra parte, si el *procurator* no tiene mandato y además, no ha prestado la *cautio de rato*, es considerado como un *falsus procurator*.

Centrándonos en la figura del representante del demandado, éste mantiene la obligación de prestar la *cautio iudicatum solvi*. “*Nemo...alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur*”¹¹³.

p. ej., la recogida por V. CHAPOT, El mundo romano, cap. VIII, Barcelona, 1926, trad. española de J. ARIAS, citado por ARIAS RAMOS, La representación procesal, p.87.

¹¹¹ C., 2, 12 (13), 24, citado por ARIAS RAMOS, La representación, p.87.

¹¹² C., h. t., 1, citado por ARIAS RAMOS, La representación, p.88.

¹¹³ I., 4, 11, 3-5, citado por ARIAS RAMOS, La representación, p.88.

Otra figura que se restablece en esta época es la de los abogados, los cuales estaban desaparecidos desde los tiempos de Diocleciano, éstos iban asumiendo las funciones cautelares del jurisconsulto clásico e igualmente, el valor del jurisconsulto va decreciendo en gran parte por su encarecimiento. Así, la abogacía va cogiendo mayor peso y es una profesión donde se obtiene honorarios por los servicios prestados¹¹⁴.

Se debe recalcar que este aumento de funciones del abogado alcanzó la parcela del *procurator*, siendo una figura que aunaba ambas tareas. En esta etapa la administración del bajo Imperio tenía una visión jerarquizada y por ello, alcanzó a los *procuratores*. Se toma como ejemplo la constitución griega contenida en *Las Basílicas*, y que desde los tiempos de Cuiacio se atribuye al emperador Zenón, donde podemos observar la distinción que se lleva a cabo entre los *procuratores* que los son *in maximis iudiciis gloriosissimorum praesidium* y los *qui eloquentissimis iudicibus pedaneis ministrent in litibus*¹¹⁵. Entre estos dos tipos de *procuratores* se prohíbe que el mismo que representa a los litigantes en la primera instancia, no podrán desempeñar esa función ante el juez superior mediante la apelación; ya que exigía la *permutatio procuratoris*, esto hace que tanto en la *cautio de rato* como en la *cautio iudicatum solvi*, se deba exigir para realizar una amplia prevención del evento. Si por algún caso no se observara este tipo de disposiciones, los *procuratores* serían castigados con una pena de azotes y prohibidos en el ejercicio de su cargo.

En esta época nos encontramos ante una lucha de ideas, por un lado, está la centralización imperial y por otro lado, la tendencia feudal de los *potentiores*, apareciendo aspectos importantes para analizar cómo: procedimiento por rescripto, apelaciones, burocratizaciones y reglamentos, la figura del *executor* que en el siguiente punto será analizada, la cesión de acciones y medidas protectoras a los *humiliores*. Comenzaré dando un ejemplo sobre la medidas y más concretamente en materia de representación procesal, donde se eliminaba la voluntariedad en aquellos casos donde las personas hubieran desempeñado o desempeñaran altos cargos políticos o administrativos. Por tanto, centrándonos en el momento del litigio estas personas ya sea como demandantes o como demandados, debían ser representados por *procuratores*.

¹¹⁴ Ve. MOMMSEN-BLÜMNER, *Der Maximatlarif des Diocletian*. Datos sobre esta tarifa máxima de Diocleciano en WENGER, l. c., n.27, citado por ARIAS RAMOS, La representación, p.88.

¹¹⁵ C., 2, 13, 27, citado por ARIAS RAMOS, La representación, p.89.

Otro rasgo a tener en cuenta, se da en aquellos casos donde el juez para prevenirse contra la posible presencia de un poderoso, no activa esta medida precautoria debiendo pagar *viginti libras auri*.

4.1- LA FIGURA DEL EXECUTOR

Este punto trata de una figura de vital importancia en el derecho procesal del bajo Imperio, esta es la del *executor* aquel que ostentaba funciones de representación procesal en el pleito. Tenemos dos tipos de esta figura, por un lado, el *executor* que aparece en los textos griegos, que es el funcionario al servicio del magistrado e interviniente en los trámites al iniciar el proceso *—libellus conventionis—*. En cuanto a la *datio actionis* podemos observar que en el bajo Imperio afectaba a las decisiones de los magistrados, como consecuencia de ello el *executor* entregaba al demandado un pequeño extracto de la pretensión del actor, del mismo modo, le cita a comparecer y deberá pagar la *summa sportularum* —gastos del litigio—¹¹⁶.

Por el contrario, en otros papiros conciben la figura del *executor negotii* —celebra un contrato con las partes—, donde el actor otorga un poder bastante a este *executor* para que en su nombre realice una serie de actos procesales y extraprocesales. Como regla general el apoderado es un alto personaje respecto de los actos transmitidos por medio de documentos papirológicos. Así, por ejemplo, el texto de mayor relevancia es el papiro del Cairo, en el que Mayer se basa para crear sus Jurist. Pap. con el n.º 52, Cuatro habitantes del lugar de Aphorodito como son Dioskoros, Kalinikos, Apollos y otro que se vale de un representante que se persona por él que es Kyros; obteniendo de Constantinopla un rescripto imperial a través de una demanda contra el convecino Herakleios; igualmente, fue designado como *executor negotii*, el *comes sacri consistorii*, Flavius Palladius.

Prosiguiendo con el proceso, éstos celebran con Flavius Palladius un contrato donde se le otorga poder bastante para que gestione este asunto en un proceso por rescripto ante el Gobernador de Tebaida, donde se personaba F. Palladius en nombre de los cuatro contratantes y gestionando las citaciones del demandado. En este proceso los demandantes están obligados a perseverar en el mismo, requiriéndoles el pago de las costas y al reparto con el *executor negotii* de las *sportullae* que deba sufragar el demandado.

¹¹⁶ Ve. CHIOVENDA, Le spese del processo civile romano, en el Bulletino del Instituto di diritto romano, t. VIII; La condanna delle spesi giudiziali, Torino 1901. BETHMANN-HOLLWEG, l. c., III; WENGER, l. c., y COSTA, l. c., citado por ARIAS RAMOS, La representación, p.90.

Lo dicho hasta aquí supone una que exista una disparidad de opiniones sobre esta figura, por lo tanto, unos autores sostienen que el *executor* que es contratado por las partes es completamente distinto de aquél otro que, mediante una orden recibida del magistrado, traslada al demandado el *libellus conventionis*.

Como podemos observar, el primero de ellos es un particular que realiza una profesión de carácter libre, cuyos servicios son gestionados por la parte; en referencia al segundo, éste se encasilla en ser un funcionario que cumple órdenes del órgano jurisdiccional¹¹⁷.

En contraste con la opinión anteriormente manifestada, varios autores, en cambio, consideran siempre al *executor* como un funcionario con tareas de auxilio, ya sean el encargo de realizar las citaciones por libelo y sus tramitaciones posteriores, no obstante es posible que las partes contraten de forma privada¹¹⁸.

Respecto de esta última opinión dada por los diversos autores, Arias Ramos¹¹⁹ se postula a favor de ella, y por tanto se sirve de la opinión del autor Wenger. La idea de este autor tiene dos aristas a analizar, en primer lugar, considera que la participación de las partes se ha aumentado con el paso del tiempo; se debe en gran medida a la desprotección por parte del Estado bizantino respecto de sus súbditos, ya que el Poder público no se hace cargo de la protección jurídica con las garantías exigibles y por lo tanto, emerge la autoprotección de los particulares, dicho más sintetizado, aparece la figura del *executor* para cumplir esa garantía jurídica de protección que el Estado ha dejado de lado. En contraste con lo anteriormente dicho aparece la otra vertiente, ya el *executor* no era un auxiliar del magistrado sino un personaje como por ejemplo Flavius Palladius, *comes sacri consistorii*, esta figura se relaciona con el feudalismo emergente sobre la protección judicial en esta época.

En definitiva, el papiro nos muestra tanto la actividad de los *executores* en asuntos relevantes como la retribución que obtenían por los servicios prestados; además, en el derecho romano bizantino se les iba a colocar al lado de los *procuratores* porque también eran representantes junciales.

¹¹⁷ Ve. en este sentido COSTA, l. c.; THOMAS, *La rôle et le choix de l' executor negotii dans la procédure extraordinaire à l' époque de Justinien*, en *Études d' histoire juridique offerts à GIRARD*, I, 1913, citado por ARIAS RAMOS, La representación, p.91.

¹¹⁸ STEINWENTER, *Studien zum römischen Verssäumnisverfahren*. München, 1914; y WENGER, l. c., n 24, citado por ARIAS RAMOS, La representación, p.91.

¹¹⁹ ARIAS RAMOS, La representación, p.91.

5. -CONCLUSIONES

Como finalidad al proceso analítico del Trabajo de Fin de Grado, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. Del capítulo referente al Sistema de las *Legis Actiones* podemos concluir la inexistencia tanto de la representación procesal como de la representación negocial. Por otra parte, con base en las Instituciones de Justiniano (4. 10), encontramos la existencia de las excepciones que son: *pro populo* (litiga en supuestos donde se ejercitan acciones en interés de la comunidad, siendo legitimado para ello cualquier ciudadano); *pro libertate* (responde a la incapacidad de un esclavo para actuar en un proceso ante los órganos jurisdiccionales, ya sea como actor o como demandado, por tanto, era necesaria la intervención de un tercero); *pro tutela* (actuación del tutor en interés del pupilo, gran parte de la doctrina estima más bien la figura del pro pupilo porque según esta opinión el tutor nunca litiga en nombre del pupilo; no obstante, nuestra opinión se postula con la gran mayoría de la doctrina que es en el caso de los conflictos de intereses entre el tutor y el pupilo) y *ex lege Hostilia* (cualquier ciudadano romano podía acudir a un litigio en nombre de un *absens rei publicae causa*; igualmente, se aplicó en un principio a motivos militares ampliándose al marco de los políticos; la jurisprudencia amplía el alcance de esta figura para los casos del impúber sometido a tutela siempre que su tutor estuviera en los dos casos mencionados anteriormente).
2. Sobre la polémica cuestión de la existencia o no del *cognitor* en el Sistema de las *Legis Actiones*, la doctrina romanística tiene dos vertientes, una en favor de la tesis negativa, y aquellos que estaban en contra de ella. Después de abordar la problemática sostengo como bien afirma Arias Ramos y Agudo Ruiz en sus obras, la existencia del *cognitor* en la época de las *Legis Actiones*, basándome en el pasaje de Gayo (4, 83) donde se encuentran fórmulas solemnes y sacramentales de designación del *cognitor*, confirmando así la rigidez formalista de las *Legis Actiones*. Del mismo modo, la *Rethorica ad Herennium* es un dato en pro de esta opinión, y la no enumeración del *cognitor* como excepción por Justiniano no debilita esta hipótesis.
3. La doctrina detractora de la existencia del *cognitor* se valió del *adstipulator*, como instrumento supletorio para la representación procesal en la época de las *legis*

actiones. Su función indirecta sirvió en aquellos casos donde el acreedor por medio de un tercero reclamara por él un crédito. No obstante, el *adstipulator* no fue suficiente para suplir la ausencia existente en la representación judicial en un proceso en la época de las *legis actiones*.

4. El capítulo referente al procedimiento formulario consideramos la división de la representación en dos grupos: los atribuidos por el derecho positivo y los de creación voluntaria. En el primer grupo encontramos al tutor, curador, actores de los municipios y a los *universitates*. En el segundo grupo es donde nos detendremos sobre las figuras del *procurator*, *cognitor* y *defensor*. En cuanto al *procurator* con base a las opiniones doctrinales datamos su origen en la gestión de los fundos rústicos como libertos, pasando más tarde a obtener el sentido jurídico ostentado en la época del bajo Imperio. Esta figura no necesitaba formalidades para su designación como sí aparecen en el *cognitor*, esta facilidad respecto de su designación trae la aparición del *procurator absente vel ignrante domino*, es decir, una representación espontanea para litigar sin la constancia del *dominus litis*. En el marco procesal esta figura ya sea espontaneo como designado informalmente, no era parte en el proceso hasta el momento de la *litis contestatio*, es decir, fase *in iure* y con poder para solicitar tanto si era representante del actor como del reo.
5. En el caso del *procurator* del actor surge una problemática que no se da en el *cognitor*, son en aquellos casos donde en gran medida por no tener esas solemnidades aparecen inconvenientes en la posibilidad de que el actor puede iniciar otra vez el litigio. Existiendo casos donde el reo, independientemente de si fuera condenado o absuelto en el litigio, éste nunca estaba tranquilo porque en cualquier instante el *dominus litis* podía iniciar otra vez el litigio contra él.
6. Para paliar todas estas consecuencias dolosas se acudía a las *cautiones*, donde el *procurator* prometía asumir el resultado del proceso mediante la *cautio rem ratam dominum habiturum*; de la misma manera, el reo poseía la *actio ex stipulatu*.
7. Respecto de la consunción de la *actio* y las medidas precautorias como la *cautio de rato* y *cautio iudicatum solvi*; podemos afirmar que ambas *cautiones* en el caso donde el demandado actúo a través de un representante, no existían diferencias en cuanto a las medidas que se debían tomar, independientemente de que fuera el *cognitor* como el *procurator*. Sin embargo, en aquellos casos donde la representación sea designada por el demandante sí que hay diferencias sobre el

cognitor o *procurator*, como la *cautio de rato* que solamente es posible en el *procurator* y no en el *cognitor*.

8. La figura del *cognitor* en el procedimiento formulario se lleva a cabo con un nombramiento delante de la parte contraria, por medio de un mandato expreso añadiendo unas palabras solemnes y sacramentales (*certa cerba*) para la designación.
9. En aquellos casos donde el *cognitor* fuese designado por el demandante, en el momento de llegar a la *litis contestatio* la acción se consume. Por lo tanto, al demandado le es indiferente que actúe el *cognitor* o el demandante por sí mismo. En sentencias favorables existían problemas, ya que el demandante debía solicitar al *cognitor* la entrega de aquello que hubiera obtenido en el proceso, mediante la acción que ligase a ambos, normalmente el mandato y la *actio mandati*.
10. En aquellos supuestos donde el *cognitor* fuera designado por el demandado, la sentencia en caso de ser condenatoria los efectos se dirigen sobre el *cognitor*. Pueden existir riesgos de insolvencia de esta figura y por consiguiente, el demandante se previene con una garantía (*satisfactio iudicatum solvi*), que viene recogida Gayo, 4, 101 y que exige al demandado prestar esta garantía y hacerse cargo de los efectos de la sentencia.
11. El defensor surge para evitar los daños sobre el demandado *indefensus*, en casos de ausencia (cuando no pueda presentarse en juicio ni pueda él mismo constituir un *cognitor*) del mismo, del mismo modo, podía actuar sin mandato.
12. El *negotiorum gestio* es una persona que con carácter voluntario se constituye en agente de otra, sin mandato expreso o tácito, para gestionar un negocio ajeno, para la obtención de beneficios del titular de los negocios gestionados
13. La redacción de la fórmula respecto de la *condemnatio* le invitaba a tener efecto a favor o en contra del *cognitor* o *procurator*; igualmente, se exigía al actor valerse de un representante. El ejemplo más específico es la *intentio* donde el nombre del representado figuraba y en la *condemnatio*, donde se sustituía el nombre del *cognitor* o *procurator* que hubiera sido designado.
14. La *litis contestatio* en su origen requería para ser celebrada un representante designado por el actor, dejando al margen la *consumptio* de la *actio* del representado. Por otro lado, el *alieno nomine agit* es considerado un sustituto procesal en vez de un verdadero representante.

15. Las etapas evolutivas hacen que la *cautio de rato* se otorgue a los tutores y curadores, porque existía un periodo de incertidumbre hasta la ratificación de lo cometido o bien por el tutor o bien por el curador.
16. El *procurator praesentis* fue eximido de la *cautio de rato*, única y exclusivamente cuando el *dominus* esté presente en el proceso, y esta presencia asegura suficientemente al demandado y hace innecesaria la *cautio de rato*, siendo el primer *procurator* en obtener este privilegio. La doctrina discrepó sobre qué debía entenderse como *procurator praesentis*, con base en la opinión de Eisel considero que el *procurator praesentis* es el presente en el lugar donde se realizará el proceso.
17. El *procurator apud acta factus* fue eximido del afianzamiento y se designaba a través de una declaración, tomando razón en el acto protocolario oficial y en presencia del poderdante. Se duda sobre la dispensa del *procurator apud acta factus* en cuanto a la *cautio de rato*.
18. La *actio iudicati* fue un mecanismo para ejecutar la sentencia, tanto a favor como en contra del representante y no del ausente; siendo ésta no concedida por el pretor a los representantes. El pretor a través del *cognitor* y *procurator* moldean la figura del representante judicial hasta esa época, sirviéndose el pretor de la *actio utilis* como instrumento.
19. El *cognitor* fue el verdadero representante directo, y como consecuencia de ello las figuras posteriores se asimilaron a él, como por ejemplo el *procurator praesentis*.
20. Las provincias influyeron en la evolución de la representación directa. Según Wenger confirma su existencia en la época *tholemaica* (Egipto); los esclavos tuvieron un gran papel respecto de la actividad jurídica del *dominus*.
21. Justiniano sustituye la figura del *cognitor* por la del *procurator*, ejerciendo de único representante judicial.
22. Se prohíbe al *procurator* que representa a los litigantes en la primera instancia pueda presentarse ante el juez superior a través de apelación; exigiendo la *cautio de rato* y la *cautio iudicatum solvi*.

23. El *executor* fue una figura de representación procesal en la época del bajo Imperio. Fue considerado como un contratado por las partes, siendo éste un particular de libre profesión; en contra posición están los que afirman que desarrollaba funciones de auxilio encargadas por el magistrado; por lo tanto, me postulo a favor de esta última opinión mencionada.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RAMOS, *La representación procesal en el Derecho Romano* en Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela, nº 28 (1938).
- SCIALOJA, *Procedimiento civil romano, ejercicio y defensa de los derechos* (Buenos Aires 1954).
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. Curso de Derecho Romano, 1. *Introducción. Cuestiones preliminares*. Derecho procesal civil romano (Madrid 1955).
- MURGA, *Derecho Romano Clásico II. El Proceso* (Zaragoza 1983).
- GARCÍA VÁZQUEZ, Algunas consideraciones en torno al *procurator* y a la *negotiorum gestio*. *Revue Internationale de droit de l' antiquite*, nº 38, (1991).
- QUINTANA ORIVE y BLANCH NOUGUÉS, RIDA. Nº 45, 1998 (Universidad Autónoma de Madrid) *Nuevas consideraciones en torno al cognitor y al procurator in rem suam*.
- AGUDO RUÍZ, *La representación procesal en el Sistema de las Legis Actiones*, (IBERIA 3, 2000).
- PAPERI, *Considerazioni sull' origine del "Procurator ad litem"*, LABEO Nº 1. 2002. Vol.48.
- FUENTESECA DEGENEFTE, *El significado de la lex Aebutia en el ordenamiento procesal romano*. RIDA. 2007 (Universidad de Vigo), p.245 ss.
- M. V. SANSÓN, *Reflexiones sobre la representación en el Derecho romano clásico y sobre la actio ad exemplum institotiae*, en la Revista General de Derecho Romano 19 (2012).